القانـــون الدستـــورى
والنظام الدستورى المصرى

دكتور

يحـيى الجمل

أستاذ القانون العام

بكلية الحقوق جامعة القاهرة

والمحامى بالنقض والإدارية العليا

دكتور

أنور أحمد رسلان

أستاذ القانون العام

بكلية الحقــوق جامعـة القاهـرة

والمحامى بالنقض والإدارية العليا

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة

٢٠٠٦

تقديــم

الدستور يأتى على القمة بالنسبة للقواعد القانونية جميعا فى الدولة الحديــثة وهــو الذى يعطى للقواعد القانونية الأخرى سند شرعيتها ويبين السلطة المختصة بإصدارها. ويتعين أن تأتى تلك القواعد القانونية مطابقة لأحكــام الدستور غير متعارضة معه وإلا كانت غير دستورية وفقدت السند الذى يعطيها قوة النفاذ.

ومن هذا يبين مدى أهمية القواعد الدستورية وأهمية دراستها على اعتــبار أن تلك القواعد وهذه الدراسة تبين الإطار الذى تتحرك فيه سلطات الدولــة ومؤسساتها، وما دامت تلك السلطات تدور فى الإطار الذى رسمته لهــا القواعــد الدســتورية فإن تصرفاتها تكون مشروعة ومنتجة لآثارها، وعلــى عكس ذلك فإن أى خروج من هذه السلطات عن الإطار الذى رسمه لهــا الدســتور يؤدى إلى أن تكون تصرفاتها غير دستورية وبالتالى غير منتجة لأية آثار قانونية.

إلــى هــذا المدى تبدو أهمية الدراسة الدستورية ليس فقط لرجال القانون وإنما لرجال الحكم ولكل من يتصدى للحياة العامة.

والدراسات الدستورية تدور حول محورين:

أولاً : محور المبادىء الدستورية العامة.
ثانياً : محور القواعد الدستورية الوضعية.

علــى أى حــال فإن دراسة «المبادىء الدستورية العامة» ستكون بمثابة القسم الأول.

وبعد أن ننتهى من دراسة هذه المبادىء العامة التى لا تخص قطرا بعينه ولا نظاما سياسيا بذاته ننتقل إلى شىء من التخصيص. ننتقل إلى مصر.

وعـــندما ننتقل إلى "مصر" يكون لزاما علينا أن نبدأ - قبل دراسة النظام الدستورى القائم - بدراسة التطور الدستورى السابق.

والـــذى لا شـــك فيه أن حياة الشعوب حلقات يتصل بعضها ببعض ويؤثـــر بعضها فى بعض ويسلم أحدها للآخر، ولا يمكن أن يفصل بين هذه الحلقـــات فصـــلا يقـــال معـــه لقد انتهى تاريخ هذه الحقبة وبدأ تاريخ تلك الحقـــبة. ذلـــك فصل قد يبدو على السطح ولكن حركة التاريخ تحت السطح الظاهرى تجرى متصلة متدفقة لا تعرف ما يعرفه السطح من فواصل وتواريخ.

ونحن شعب تاريخه عريق ضارب فى القدم. وقد يقال بغير اعتساف أن ظاهرة الدولة نشأت هنا على ضفاف النيل - حتى بمفهومها الحديث - منذ أزمنة بعيدة.

ولكننـــا لـــن نســـتطيع بطبيعة الحال أن نعود مع تاريخنا السياسى ونظامنا الدستورى إلا إلى مدى قريب من حيث الزمان، ولتكن بداية ذلك أن نـــبدأ مع دستور ١٩٢٣ باعتباره بداية النظام الدستورى الحديث فى بلادنا وباعتـــبار أن الحـــياة الدستورية فى ظل ذلك الدستور - دستور ١٩٢٣ - كانت هى المناخ الذى أفرخ الظروف الموضوعية التى أدت إلى ما حدث فى يوليه ١٩٥٢ وما بعد ذلك من أحداث وتطورات.

وعلـــى ذلـــك وممـــا تقـــدم جميعه يبين أن دراستنا ستتوزع بين موضوعات ثلاث:

القسم الأول : المبادىء الدستورية العامة.

القسم الثانى: التطور الدستورى.

القسم الثالث: النظام الدستورى الحالى (دستور ١٩٧١).

ونســـأل الله أن يكـــون فى هذه الدراسة بعض النفع لكل المشتغلين بالحياة الدستورية.

دكتور يحيى الجمل **دكتور أنور رسلان**

القسم الأول[1]

المبادىء الدستورية العامة

الباب الأول

تعريف القانون الدستورى وطبيعة قواعده

تمهيد :

ما هو القانون الدستورى ، ما هو تعريفه وهل لـه تعريف واحد أم تعاريف متعددة ، بعبارة أخرى ما معنى القواعد الدستورية ؟

وما هى طبيعة هذه القواعد وهل هى قواعد قانونية حقاً ؟

الفصل الأول

التعريف بالقانون الدستورى

كلمـة «دستور» ليست كلمة عربية وإنما هى من الكلمات الوافدة والأرجح أنها فارسية الأصل، وقد عرفت الكلمة لدى العرب المحدثين فى بدايات هذا القرن وشاع تداولها بعد الحرب العالمية الأولى وأصبحت من الكلمات ذات الجرس والوقع والأهمية بعد الحرب العالمية الثانية.

وكلمة «دستور» تستعمل استعمالات عديدة. فهى تطلق أحياناً ويراد بها معانى غير منضبطة ولا محددة ، وتطلق أحياناً أخرى ويراد بها المعنى القانونى المنضبط والمحدد. ومن هنا قيل إن للكلمة معنى واسعاً وآخر ضيقاً ، وهذا هو ما نعرض له الآن.

الدستور بالمعنى الواسع :

كـل جماعـة إنسانية منظمة لابد وأن تحكمها بعض القواعد التى بوجودهـا توصـف الجماعة بأنها منظمة. وبغير وجود هذه القواعد مهما

---

(١) كتب هذا القسم : الأستاذ الدكتور يحيى الجمل.

كانـــت قلــيلة لا يكون لتلك الجماعة رابط أو ضابط ، ويتعذر حتى وصفها بوصـــف الجماعـــة، إذ أنهـــا عند ذلك لا تعدو أن تكون نوعاً من التجمع الإنسانى المكون من عدد من الأفراد الذين لا تربطهم صلة واضحة مستقرة ولكـــن ذلـــك التجمع ينتقل إلى مرحلة الجماعة المنظمة أو المجتمع المنظم عندما تستقر فيه قواعد معينة تربط أبعاد ذلك المجتمع وتحدد العلاقات على نحو أو على آخر.

فأفراد الناس عندما يذهبون إلى محل عام ، ملهى أو مسرح أو ما إلـــى ذلك لا توجد قواعد معينة تنظم علائقهم ببعض ، وتحيلهم من مجرد أفـــراد إلى جماعة لها نوع من الكيان المتعلق بها ، ذلك على حين أن مثل هـــؤلاء الأفراد عندما يجتمعون فى نقابة هم أعضاء فيها أو حتى فى نادى رياضـــى يشـــتركون فـــيه يخضعون لنوع من القواعد التى تنظم علاقتهم ببعضهم وتنظم كيفية سير العمل وكيفية اتخاذ قرار معين فى تلك النقابة أو ذلك النادى.

وأفـــراد الـــناس الذين يشتركون فى النقابة أو فى النادى يمكن أن يـــنظر إلى مجموعهم كاملاً وأن يعامل ذلك المجموع عن طريقة ممثليه فى مجلـــس الـــنقابة أو مجلس إدارة النادى وفقاً للقواعد الموضوعة فى هذا الشأن.

هذه القواعد التى تنظم هذه الجماعات الإنسانية يطلق عليها أحياناً لفظ «الدستور». فيقال دستور النقابة أو دستور النادى.

وعلمـــاء الاجتماع عندما يدرسون ظاهرة الأسرة والقواعد المتعلقة بشئونها وتطورها يتحدثون عن دستور الأسرة.

كذلـــك فـــإن بعض الأحزاب السياسية تطلق على القواعد التى تبين

مبادئ الحزب ، وطريقة الدخول إلى عضويته ، وتشكيلات الحزب المختلفة وما لكل منها من اختصاصات ، تطلق عليها اسم دستور الحزب.

وإذا كانـــت الأمـــثلة السابقة كلها لجماعات إنسانية تعيش فى إطار الدولة فإنه يمكن أيضاً أن نجد صورة من الصور التى تتعدى نطاق الدولة مثل الكنيسة الكاثوليكية ، ولتلك الكنيسة دستور يحدد كثيراً من أمورها (١). وقد كان لدستور الكنيسة الكاثوليكية فى الماضى من الأهمية ما يكاد يرجح أهمـــية دساتير الدول نفسها ، وذلك تبعاً لما كان للكنيسة نفسها من وزن كبير فى الحياة العامة.

فى تلك الأمثلة جميعاً نطلق كلمة دستور ونريد بها المعنى الواسع للكلمة.

وممـــا يجرى مجرى المفهوم الواسع لكلمة دستور المعنى اللغوى لتلك الكلمة.

والمفهـــوم اللغـــوى لكمـــة دســـتور فـــى الإنجلـــيزية والفرنسية «Constitution» ينصرف إلى معنى التكوين أو الإنشاء أو البناء.

ومـــن بيـــن معانى كلمة دستور فى الإنجليزية ما جاء فى قاموس اكسفورد أنه الطريقة يتكون أو يقام بها أى شئ.

The way in which anything is constituted or made up.

وقد تطور هذا المعنى وبدأت كلمة دستور منذ عام ١٧٣٥ تستعمل بالمعـــنى الـــذى يقصد إليه فقهاء القانون الدستورى ، وجاء فى القاموس

---

(١) Marcel Proclot : Institutions Politiques et Droit constitu tionnel, Dalloz.
Dalloz. 3e ed. Paris. 1963. P. 27-28.

المشار إليه فى تعريف كلمة دستور بعد تطورها (فى عام ١٧٣٥)[١]:

The system of or body of fundamental principles according to which a nation, state or body politic is constituted and governed.

وبمــراجعة الكلمـــة فى القواميس الفرنسية تبين أنها أخذت نفس المعـنى وتطورت ذات التطور فبدأت بمفهوم التكوين أو البناء ثم تطورت لكى تأخذ مفهومها سياسياً وقانونياً [٢].

أما فى اللغة العربية فإننا لم نعثر على كلمة «دستور» فى المعاجم القديمـــة ، وأول إشارة لها عثرنا عليها كانت فى قاموس «محيط المحيط» للمعلم بطرس البستانى حيث جاء فى الجزء الأول منه ص ٦٥٠ :

دســتر – الدستور الدفتر الذى تكتب فيه أسماء الجند ومرتباتهم أو الــذى تجمع فيه قوانين الملك وضوابطه. وجمعه دساتير. ويطلق الدستور أيضاً على الوزير ... وصاحب القوة...

والدستور أيضاً القانون والاجازة والقاعدة يجرى العمل بموجبها – معرب دستور بالفارسية وهو مركب من دست بمعنى قاعدة ومن ور بمعنى صاحب [٣].

والــراجح أن كلمة دستور كلمة فارسية الأصل دخلت اللغة العربية عن طريق اللغة التركية [٤].

---

(١) **The Shorter Oxford English Dictionary. 3rd ed. 1944. P. 373.**

(٢) راجع : **Grand Larousse. Vol. 3. P. 428-429. Paris. 1960.**

(٣) بطرس البستانى : محيط المحيط جـ١ ص٦٥٠ بيروت (بغير تاريخ للطبع).

(٤) أحمد عطية الله : القاموس السياسى ، القاهرة ١٩٦٨ ، ص٥٢١.

هذا عن الدستور بالمعنى الواسع والمعنى اللغوى.

ولكن الدراسات الفقهية الدستورية لا تهتم أساساً بالدستور بالمعنى السابق ، وإنما تهتم بمعنى أكثر تحديداً وأكثر تخصيصاً للدستور . فما هو ذلك المعنى ؟

الدستور بهذا المعنى يتعلق أولاً بالدولة باعتبارها مؤسسة المؤسسات السياسية ، وهو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فى الدولة من حيث كيفية تكوينها واختصاصاتها ببعضها وعلاقاتها بالمواطنين . وهنا لابد وأن يرد تساؤل معين :

هل الدستور بالمعنى الضيق يقصد به تلك الوثيقة التى تسمى بالدستور فى بلد من البلاد أم أن الدستور بهذا المعنى يقصد به غير ذلك.

هنا يفرق الفقه الدستورى بين أمرين :

- المعنى الشكلى للدستور .
- والمعنى الموضوعى للدستور.

والمعنى الشكلى ينصرف إلى الوثيقة الدستورية ذاتها لا يعدوها. ومفهوم الدستور وفقاً لهذا المعنى هو أنه عبارة عن القواعد القانونية الواردة فى الوثيقة التى تحوى النصوص الدستورية. وكل قاعدة لا تضمها هذه الوثيقة لا تعد قاعدة دستورية ، كذلك فإن كل قاعدة يتضمنها نص من نصوص هذه الوثيقة يعتبر قاعدة دستورية.

وعلى ذلك فإن جانبا من الفقه الدستورى ينتهى إلى أن «القانون الدستورى» فى بلد من البلاد هو مجموعة القواعد المدونة فى الوثيقة الرسمية التى تسمى «الدستور» ومن ثم فإن دراسة القانون الدستورى تقتصر على شرح النصوص الوضعية المدونة فى تلك الوثيقة. وبذلك يلتقى

فى نظر هذا الفقه القانون الدستورى مع قانون الدستور [١].

ولكن هذا المعنى الشكلى للدستور يثير لدى كثير من الفقهاء تساؤلات جوهرية تحمل معنى الاعتراض على هذا الاتجاه الشكلى لمفهوم الدستور.

أول هذه التساؤلات هو : ما القول بالنسبة للقوانين الانتخابية وهى عادة توجد خارج الوثيقة الدستورية مع ما لهذه القوانين من أهمية بالغة بالنسبة لجوهر الدستور وأحكامه ؟

وثانى هذه التساؤلات هو ما القول بالنسبة للنصوص التى ترد فى الدستور وتعالج أموراً من شأنها أن ترد فى القوانين العادية كالنص على إلغاء عقوبة الإعدام مثلاً ؟

ويهدف أصحاب هذه الاعتراضات إلى أن يقولوا أن الأخذ بالمعيار الشكلى للدستور يؤدى بنا إلى إغفال الطابع الدستورى لبعض القواعد القانونية غير المنصوص عليها فيه مع اتصالها الوثيق بتنظيم السلطات العامة وكيفية تكونها وعلاقتها بالمواطنين ، كذلك فإنه يؤدى بنا – المعيار الشكلى – من ناحية أخرى إلى إضفاء ذلك الطابع الدستورى على قواعد قانونية عادية لا تتصل بالسلطات العامة فى الدولة على النحو السابق بيانه.

على ذلك فإن أصحاب هذه الاعتراضات يذهبون إلى أن القواعد الدستورية لا تتطابق مع الوثيقة الدستورية ، إذ قد توجد قواعد دستورية لا تضمها الوثيقة الدستورية ، وقد تضم الوثيقة الدستورية نفسها بعض مالا

---

(١) د. إبراهيم عبدالعزيز شيحا: القانون الدستورى ، الدار الجامعية ، بيروت ١٩٨٣، ص ١٥ والمراجع المشار إليها.

يعتـــبر من القواعد الدستورية ، وعلى ذلك فالعبرة عندهم بجوهر ما يمكن أن يعتبر قاعدة دستورية لا بالشكل الذى يحتوى على هذه القاعدة ، سواء كان ذلك الشكل نصاً فى الوثيقة الدستورية أو قاعدة فى عرف دستورى أو نصـــاً فـــى قانون عادى. المهم عندهم أن موضوع القاعدة هو الذى يحدد طبيعـــتها ، ولـــيس شـــكلها هو الذى يحدد ما إذا كانت القاعدة من طبيعة دستورية أم لا.

ويذهب هؤلاء إلى أن الأخذ بالمعيار الشكلى يجعلنا نتساءل عما إذا كان يوجد فى بلد مثل إنجلترا دستور أم لا ؟ والراجح انه وفقاً لذلك المعيار أن إنجلترا لا يوجد بها دستور لأنه لا يوجد لديها وثيقة دستورية.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأخذ بالمعيار الموضوعى الذى ينظر إلى موضوع القاعدة لا إلى شكلها يجنبنا مثل هذا الأشكال ولا يجعلنا أسرى الوثيقة الدستورية.

ولكـــن أصـــحاب المعـــيار الموضوعى لا يتفقون تمام الاتفاق على ماهية الموضوعات الدستورية ، حتى انهم يختلفون اختلافات جوهرية حول موضوعات أساسية ، ويكفى أن نشير إلى أنهم لا يتفقون على ما إذا كانت «الدولـــة» - شـــكلها وهـــل هـــى موحـــدة أم اتحادية وما إلى ذلك - من موضوعات القانون الدستورى أم لا [1]؟

ويذهـــب أســـتاذنا المـــرحوم الدكـــتور الســـيد صبرى فى تعداده لموضـــوعات القانون الدستورى إلى أن ذلك القانون هو «الذى ينظم قواعد

---

(١) انظر فى هذا الموضوع :

- د. عبدالفتاح ساير داير : القانون الدستورى ، القاهرة ١٩٥٩ ، ص١٦٧.
- د. طعيمة الجرف : موجز القانون الدستورى ، القاهرة ١٩٦٠ ، ص٤٠.

الحكم ويوزع السلطات ويبين اختصاصات كل منها ويضع الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد ويبين مدى سلطات الدولة عليهم» (١).

وقد ثار خلاف في الفقه حول ما تعلق بالتنظيم الاقتصادى والاجتماعي للدولة وهل يعد من قبيل الموضوعات الدستورية أم لا يعد كذلك.

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين يذهبون إلى اعتبار هذه الموضوعات من قبيل الموضوعات الدستورية الأستاذ جورج بيردو إذ يرى أن موضوع الدستور "L'objet de la constitution" هو من ناحية تحديد الأشخاص الذين لهم سلطات اتخاذ القرار باسم الدولة واختصاصاتهم وكيفية ممارستهم لتلك الاختصاصات كذلك ومن ناحية أخرى فإن الدستور هو الذى يبين أى تنظيم سياسى واجتماعى يمثله الحاكمون» (٢).

وقد ذهب البعض مع هذا الاتجاه إلى المدى الذى قرروا به أن النص الدستورى الذى يتحدث عن «التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها فى المجتمع» إنما يعالج موضوعاً من الموضوعات الدستورية (٣).

والحقيقة إننا نرى أن ثمة مبالغة فى وضع المعيار الشكلى والمعيار الموضوعى وضعاً متقابلاً وكأنهما متقابلان أو كأنهما نقيضان لا يلتقيان.

ونذهب إلى أن الوثيقة الدستورية فى بلاد الدساتير المكتوبة – وهى توشك أن تشمل دساتير العالم كله عدا جزء من الدستور الإنجليزى

---

(١) د. السيد صبرى : مبادئ القانون الدستورى ، القاهرة ١٩٤٩ ، ص١.

(٢) G. Burdeau : Droid Constitutionnel et Institution politiques Paris 1968. P. 61.

(٣) إبراهيم شيحا : المرجع السابق ، ص٣١.

ولـــيس كله – تعتبر المحور الأساسى الذى تدور حوله القواعد الدستورية ومن ثم الدراسات الدستورية.

والمشرع الدستورى عندما يضع قاعدة معينة فى نصوص الدستور يـــريد أن يضـــفى على هذه القاعدة الدستورية ما للقواعد من أهمية، كذلك فإنـــه حيـــن يخرج قاعدة معينة من إطار النصوص الدستورية – مع ما قد يكـــون لها من أهمية – يهدف من غير شك إلى نوع من المرونة بالنسبة لتلك القاعدة بحيث تصبح إمكانية تعديلها أيسر من إمكانية تعديلها فيما لو تضمنتها الوثيقة الدستورية.

وجوهر المشكلة فى تقديرى يتعلق بالصياغة وبالجو العام الذى تتم به الصياغة أكثر من تعلقه بمعيار شكلى أو معيار موضوعى.

ويكفى أن نثير هذا التساؤل بالنسبة لمن يأخذ بما يقال له المعيار الموضوعى :

مـــا الـــذى يرتـــبونه من أثر على قولهم بأن قاعدة ما تعتبر قاعدة دســـتورية حـــتى أن وردت فـــى قـــانون عـــادى ؟ مثلاً القواعد المتعلقة بالانتخابات عندما ترد فى قانون عادى؟؟

هل هذه القواعد تعتبر ضمن القواعد الدستورية ؟ وهل يعنى هذا – وفقـــاً للمعيار الموضوعى – انه لا يجوز تعديلها إلا بذات الإجراءات التى يعدل بها الدستور؟

وهـــل يثير الخروج عليها الحق فى مراقبة دستورية القوانين وما إلى ذلك ؟

ما أظن أحداً يقول ذلك القول.

كذلك ومن الناحية العكسية : الذيـــن يقولون أن النص الذى يلغى عقوبة الإعدام فى الجرائم السياسية – مثلاً – عندما يرد فى الدستور ليس

من طبيعة دستورية ما الذى يرتبونه على هذا القول ؟

هل يقولون انه يجوز أن يلغى ذلك النص الدستورى بقانون عادى إذا كان الدستور يتطلب لتعديله إجراءات خاصة ؟

أنا أظن أن أحداً منهم لا يقول بشئ من ذلك.

المســألة عندى – كما قدمت – تتعلق بالصياغة وكيفيتها والإطار الذى تمت فيه هذه من ناحية.

ومــن ناحــية أخرى فهى تتعلق أيضاً بالدراسة الدستورية أو بفقه القانون الدستورى اكثر من تعلقها بالدستور نفسه ، بمعنى آخر أن المعيار الشكلى والمعيار الموضوعى قد يصلحان لتحديد المنهج الدراسى.

هــل تنحصــر الدراســات الدستورية أو الفقه الدستورى فى حدود الوثــيقة الدستورية أم تعدوها إلى غيرها من الموضوعات المتصلة بتنظيم السلطات العامة فى الدولة وحقوق المواطنين حتى وأن لم ترد مباشرة فى الوثيقة الدستورية؟

هذه هى المسألة .

وتقديــرى أن الدراسة الدستورية والفقه الدستورى يمكن أن يتجها وجهتين متكاملتين مع تغليب إحداهما على الأخرى وفقاً للظروف والأحوال:

١- الدراســة الدســتورية المقارنة. وهنا لا يتقيد الفقه الدستورى بدســتور معين ولا ببلد معين وإنما قد يدرس موضوعاً دستورياً بعينه فى دســتور أكــثر مــن بلد وفقاً لهدفه من الدراسة، أو قد يدرس – وهذا هو الغالــب – المبادئ الدستورية العامة ، وفقاً لما استقرت عليه فى كثير من الدساتير.

٢- الدراســة الوضــعية لدســتور بلــد معين. وهنا تكون الوثيقة

الدستورية هى المحور الأساسى لدراسته. ولكن هذا المحور الأساسى لا يستبعد القواعد الموضوعية المتعلقة بتنظيم السلطات العامة وحقوق الأفراد والتى قد ترد فى غير الوثيقة الدستورية نفسها.

وقد جرت التقاليد الجامعية على المزج بين الوجهتين باعتبارهما متكاملتين ولازمتين فى نفس الوقت لدارس القانون الدستورى.

وعلى ذلك فإن الدراسة الدستورية لا يمكن أن تلتزم بمعيار شكلى ولابد لها وأن تتبع معياراً موضوعياً.

وهكذا نرى أن مسألة المعيار الشكلى والمعيار الموضوعى تتعلق بكيفية الدراسة الدستورية ولا تتعلق بالدستور نفسه وتحديد معناه.

ومما يتعلق بتحديد معنى الدستور من ناحية ، ونطاق الدراسة الدستورية من ناحية أخرى المشكلة المتصلة بتحديد موقف الدستور من قضية السلطة وقضية الحرية.

هل الدستور تنظيم للسلطة أم انه تنظيم للحرية أم هو تنظيم لهما معاً ؟

الحقيقة أن نشأة الدراسات الدستورية وتطورها تساعد على إجابة هذا التساؤل إلى حد كبير.

عندما وضع الدستور الأمريكى عام ١٧٨٧ والذى يعتبر أقدم دستور مكتوب ومعمول به حتى الآن – مع تعديلاته الأربعة والعشرين – وضع على أساس المذهب الفردى ، ذلك المذهب الذى يؤمن بضرورة تقييد السلطة واتساع نطاق الحريات ، حتى أن عبارة مبدأ الدستورية "Constitutionalism" تعنى عند الشراح الأمريكيين فكرة الحكومة

المقيدة [1].

وبعــد ذلــك بعامين أصدرت الثورة الفرنسية إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام ١٧٨٩ وجاء فى البند السادس عشر منه أن «الجماعة التى لا تكفل الضمانات اللازمة للحقوق أو لا تقرر الفصل بين السلطات ليس لها دستور».

"Toute societe dans laquelle la garantie des droits n'est pas assuree. ni la separation des pouvoirs deteminee n'a pas de constitution".

وفــى عام ١٧٩٧ أنشئ أول كرسى للقانون الدستورى فى جامعة فرارى بإيطاليا.

وفــى عام ١٨٣٠ صدر دستور أو ميثاق ١٨٣٠ **Le pacte de 1830** فى فرنسا والذي جاء – على خلاف دستور ١٨١٤ – تقدمياً وثورياً وموافقاً الإعلان الصادر فى عام ١٧٨٩.

وفــى عــام ١٨٣٤ أنشأ جيزو وزير المعارف الفرنسى آنذاك أول كرســى فى جامعة باريس للقانون الدستورى وحدد برنامج الدراسة تحديداً مــن مقتضاه تدعيم الفلسفة السياسية الحرة والربط بين القانون الدستورى والمذهب الفردى الحر.

ومــنذ عام ١٨٨٩ استقرت وتطورت الدراسات الدستورية فى كلية الحقــوق بجامعة باريس – قسم الليسانس – وظل الفقه الفرنسى فى جملته إلى وقت قريب محافظاً على الفكرة التى تربط بين القانون والفلسفة الفردية الحرة.

---

(١) د. أحمــد كمال أبو المجد : التاريخ الدستورى للولايات المتحدة الأمريكية – مجلة القانون والاقتصاد السنة الحادية والثلاثون – يوليو ١٩٦١ ، ص٢٨٧.

وحـــتى عام ١٩٢٩ كان العميد هوريو يرى أن الدستور لا يستحق أن يطلق عليه هذا الاسم إلا إذا كان معبراً عن سيادة الأمة ، صادراً باسمها بواســطة ســلطة تأسيسية منتخبة ، قائماً على تأكيد الحرية ، مقرراً مبدأ الفصـــل بيـــن الســـلطات. فإن تخلف فيه شئ من ذلك امتنع عليه وصف الدستور [١].

وهكـــذا كان الربط واضحاً بين الدستور وحماية الحرية على أساس فلســـفة المذهـــب الفردى وإنكار وجود معنى الدستور الحقيقى فى ظل أى فلسفة أخرى.

هذا هو المعنى التقليدى للقانون الدستورى والذى ظل سائداً إلى ما بعد الحرب العالمية الأولى.

ولكـــن الاتجـــاه الحديـــث فى الفقه الدستورى يذهب إلى عدم ربط القـــانون الدســـتورى بفلسفة سياسية معينة ، والمناداة بما يقال له الحياد الدستورى بين الفلسفات المتعددة ، باعتبار أن مهمة الدستور الأساسية هى بـــيان الســـلطات العامـــة وكيفـــية تكوينها واختصاصاتها وصلتها ببعضها وصلتها بالمواطنين.

وعلـــى ذلـــك يذهب بيردو إلى أن الدستور يوجد بالضرورة فى كل دولـــة فـــيها تنظيم للسلطة ، إذ أنه – الدستور – يعتبر بمثابة القناة التى تعبرها السلطة من قبل صاحبها الأصلى – الدولة – إلى الممارسين لها وهم الحكـــام. ومـــن ثم فإن البلاد ذات الحكم المطلق يوجد فيها أيضاً دستور ، طالما أننا لا نربط بين فلسفة الحرية الفردية ووجود الدستور.

إلا أن بـــيردو مـــع ذلك يرى أن نفرق بين عبارة دولة لها دستور

---

(١) M. Hauriou : Prccis de Droit constitutionnel. Paris. 1929. P. 246.

ودولـــــــة دســـــــتورية Etat ayant une constitution Etat constitutionnel ذلـك أن كل دولة أيا كان نظامها لها دستور ، ولكن ليس كل دولة لها دستور تعتبر دولة دستورية [١]، إذ أن ذلك الوصف الأخـير يحتفظ به بيردو فيما يبدو للدولة ذات الأنظمة الدستورية التى تقيد السلطة لصالح الحرية الفردية.

ويذهـب بـريلو إلى رفض الفكرة التقليدية والانحياز إلى فكرة أن القانون الدستورى هو قانون تنظيم السلطة ، إذ هو الذى بمقتضاه تؤسس السلطة وتنقل داخل الدولة إلى حيث الممارسين لها [٢].

ويـتخذ العمـيد فيديل ذات الموقف الذى يرفض التصور التقليدى للقانون الدستورى [٣].

ويـبدو أن أندريـه هوريو يرى أن يتخذ موقفاً توفيقياً بين الفكرة التقلـيدية من ناحية وفكرة حياد القانون الدستورى من ناحية أخرى ، ذلك انـه يرى أن كلا من الاتجاهين يحمل بعض الحقيقة وأن الأخذ بأى منهما علـى إطلاقه يثير كثيراً من النقد ، ذلك أن القانون الدستورى - فيما يرى هوريو - هو «تكنيك» التوفيق بين السلطة والحرية فى إطار الدولة.

"Le Droit Constitutionnel est la teehnique de la conciliation de l'autorite et de la liberte dans le cadre de l'Etat".

والحقيقة أنه لابد لنا من موقف معين من هذين الاتجاهين - الاتجاه

---

(١) **Burdeau. G. : Droit Constitutionnel et Institutions politiques. 12 eme ed. Paris 1966. p. 53-54.**

(٢) بريلوا : المرجع السابق ، ص٣٢.

(٣) **G. Vedel : Cours de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques "Les cours de Droit". Paris. 1961. P. 8.**

التقليدى والاتجاه الحيادى – وهنا يجدر بنا أن نعود إلى قضية أساسية فى نفس الوقت.

أن السلطة ضرورة لوجود المجتمع المنظم أياً ما كانت فلسفة ذلك المجتمع، وهى ركن من أركان الدولة باتفاق الجميع.

والسلطة – مع ذلك – ليست غاية فى ذاتها ولكنها وسيلة لتحقيق الأمن – بمعناه الواسع فى المجتمع [1].

ولا شك أن معنى الأمن يتضمن ذلك الإحساس بالطمأنينة نتيجة لسيادة القانون وعلى ذلك فإن السلطة فى المجتمع المنظم هى سلطة ذات هدف غير مجرد الإبقاء على ذات السلطة فى يد أشخاص معينين [2].

والقانون الدستورى إذ يبين كيفية ممارسة السلطة لابد وأن يضع لتلك الكيفية إطاراً معيناً وإلا فقد ذلك القانون سبب وجوده.

وكل الفلسفات السياسية – فردية كانت أو شمولية أو أى فلسفة أخرى – ترى للسلطة هدفاً – مع اختلاف الأهداف – ولا ترى السلطة غاية فى ذاتها. الفلسفة الفردية ترى أن الهدف هو حماية الحريات الفردية.

والفلسفة الشمولية ترى أن الهدف هو تحقيق مصلحة الجماعة وأن ضحينا بالمصلحة الفردية.

هكذا لابد من هدف.

ومن ناحية أخرى فإن الحريات ليست معنى واحداً ثابتاً لا خلاف عليه.

---

(١) Andre Hauroiu : Droit constitutionnel et Institutions Politiques. 3emc ed., Paris. 1968. P. 28.

(٢) انظر كتابنا عن الأنظمة السياسية المعاصرة ١١-١٢ ومواضع أخرى متفرقة.

والقانون الدستورى وهو يحل التناقض بين السلطة والحرية لابد وأن يتأثر بفلسفة معينة تحدد للحريات جوهراً معيناً وتؤثر بالتالى على كيفية حل ذلك التناقض.

والفكرة الحيادية الحديثة تستهدف أو يجب أن تستهدف فيما أتصور – حياداً بين الفلسفات المختلفة التى تقوم وراء الدساتير المختلفة ، ولا تستهدف التضحية بالحرية من أجل السلطة أو بالسلطة من أجل الحرية.

وعلى ذلك فنحن نرفض الموقف التقليدى الذى يربط بين القانون الدستورى والفلسفة الفردية ، ونرى أن القانون الدستورى يمكن أن يوجد فى بلاد تأخذ بهذه الفلسفة أو تأخذ بغيرها ، ولكن القانون الدستورى حيث وجد وفى ظل أى فلسفة كانت هو محاولة لحل التناقض بين السلطة والحرية أيا كانت صورة ذلك الحل ، وأياً كانت الفلسفة السياسية التى تمثل الأساس الذى بنى عليه القانون الدستورى فى بلد من البلاد.

وعلى ذلك – وعلى سبيل المثال – دستور الولايات المتحدة الصادر عام ١٧٨٧ ودستور الاتحاد السوفيتى الصادر عام ١٩٣٦ كلاهما دستور ، وكلاهما يحل التناقض بين السلطة والحرية ، وان اختلف أساس الحل ، واختلفت بناءاً على ذلك الأحكام فى كل من الدستورين.

ومما تقدم كله يبين أن الحياة الدستورية اكثر اتساعاً من الوثيقة الدستورية فالحياة الدستورية تشمل الحياة الحزبية فى بلد من البلاد. وهل الأحزاب حرة فى نشأتها أم أنها مقيدة. وهل هى حرة فى حركتها أم أنها مكبلة.

وتشمل الاستقلال الحقيقى – وليس مجرد النصوص – للسلطة القضائية.

وأهـــم من هذا كله فإن الحياة الدستورية تختلف اختلافاً كبيراً بين بلـــد وبلد آخر حسب مدى إيمان البلد وقادته بمبدأ سيادة القانون والحرص على هذا المبدأ أو من ناحية أخرى اعتبار القانون قيداً يجب الفكاك منه.

إن سيادة القانون توشك أن تكون جزءاً من نسيج الحياة فى بعض الـــبلاد. ولكـــنها فى بلاد أخرى تؤخذ مأخذ الزينة أو الحلية أو «الديكور». والفارق بعيد بين الأمرين مهما كانت النصوص الدستورية.

ومـــن هـــنا نقـــول إن الحياة الدستورية الفعلية ليست بالضرورة مطابقة للنصوص الدستورية.

* * *

هـــذه هـــى أهـــم القضـــايا التى يثيرها التساؤل عن معنى القانون الدستورى.

وننتقل الآن إلى دراسة طبيعة القواعد الدستورية.

الفصل الثانى

طبيعة القواعد الدستورية

كثيراً ما يتساءل البعض : هل القواعد الدستورية قواعد قانونية ؟

ولكـــى ندلـــى برأى حول هذا التساؤل يجدر بنا أن نعرض بإيجاز لمفهـــوم القـــاعدة القانونـــية بصفة عامة ثم نرى بعد ذلك هل ينطبق هذا المفهوم على القاعدة الدستورية أم لا.

لا شـــك أن القـــانون نتاج اجتماعى وأنه وليد الشعور بالحاجة إلى قواعد معيارية تنظم العلاقة الاجتماعية.

ولكـــن القواعد الأخلاقية تشترك مع القانون فى كل ما تقدم : فهى نـــتاج اجـــتماعى ، وهى قواعد معيارية ، وهى تنظيم العلاقات الاجتماعية أيضاً.

ويـــرى الفقهـــاء أن المميز الأساسى للقاعدة القانونية عن القاعدة الأخلاقية هو أن الأولى ترتبط بالسلطة العامة فى المجتمع المنظم – الدولة – سواء من حيث صدورها أو إقرارها ومن حيث فعاليتها.

أما عن ارتباط القاعدة القانونية من حيث صدورها بالسلطة العامة فهـــذا واضح من أن الدولة هى المصدر الأساسى للأغلب الأعم من القواعد القانونـــية فى الدولة الحديثة : فى صورة التشريع ، وأن القواعد القانونية العرفية أيضاً تجد سندها فى أنها تكون محل إقرار السلطة العامة ورضاها باعتبارها تعبيراً ضمنياً عن الإرادة العامة فى مجتمع معين.

أمـــا عن فعالية القاعدة القانونية فإن تلك الفاعلية ترتبط بما يكون من جزاء نتيجة مخالفة القاعدة القانونية.

ويرى جانب من الفقه أن جزاء مخالفة القاعدة القانونية يكمن فيما تفرضه السلطة العامة من قهر وإكراه بوسائلها المادية عندما تحدث المخالفة ، وأنه لا صورة للجزاء غير هذه الصورة.

ولكن جانباً آخر من الفقه يرى أن ذلك مفهوم ضيق لفكرة الجزاء ، وأن القاعدة القانونية تتمثل فيما تحدثه المخالفة من رد فعل اجتماعى ضدها ، وأن رد الفعل الاجتماعى قد يأخذ صورة الإكراه والقهر المادى تفرضه السلطة العامة وقد يأخذ غير هذه الصورة المحددة مما قد يكون أخطر منها وأبعد أثراً.

أن القاعدة نتاج اجتماعى ، وجزاؤها يكمن أساساً فى رد الفعل الاجتماعى عند مخالفاتها ، ورد الفعل الاجتماعى يأخذ أكثر من صورة.

والمدرسة الشكلية ترجع فى أساسها إلى هوبز الذى كان لا يرى القانون إلا أمراً صادراً صمن الحاكم المسلم له بالطاعة.

ولكن الذى أثرى الفقه القانونى لهذه المدرسة هو الفقيه الإنجليزى أوستن **Austin** فى كتابه **Lectures on Jurisprudence** . الذى صدر الجزء الأول منه عام ١٨٦٩ أى منذ قرابة قرن ونصف.

وأوستن يحدد القاعدة القانونية فى الأمر أو التكليف الذى تصدره السلطة العامة صراحة أو تقره ضمناً ويكون له جزاء تكفله السلطة العامة بما يمكن أن توقعه من أذى على من يعصى ذلك الأمر أو يخالف ذلك التكليف [(١)].

أما المدرسة الاجتماعية فلا تربط بين السلطة العامة والقانون ذلك

---

(١) أوستن المرجع المشار إليه فى المتن ص ٩١-٩٢.

وانظر : د. سعد عصفور : القانون الدستورى ، الإسكندرية ١٩٥٤ ، ص٨.

الربط بين السبب والنتيجة ، بل ترى أن القانون قد يسبق فى وجوده وجود السلطة العامة ذاتها. وهذه المدرسة لا تنكر أن الجزاء عنصر من عناصر القاعدة القانونية ، ولكنها لا تربط بين الجزاء وفكرة القهر الذى تفرضه السلطة العامة بل أنها ترى أن الجزاء يتضمن أساساً فى رد الفعل الاجتماعى Contre – coup social ضد مخالفة القاعدة القانونية التى هى إفراز اجتماعى فى الأساس.

وبناء على ما تقدم يتحدد الموقف إزاء القواعد الدستورية.

فالمدرسة الشكلية لا ترى القواعد الدستورية قواعد قانونية لأنه ينقصها عنصر الجزاء الذى تمسك به السلطة العامة ، إذ أن القانون الدستورى هو فى الواقع خطاب من السلطة للسلطة ، ولا يتصور أن يكون الإكراه مصدره إرادة المكره نفسه.

وعلى ذلك نجد أن أوستن يرى أن القواعد الدستورية ليست إلا قواعد أخلاقية إيجابية Positive morality تحميها مجرد جزاءات أدبية Moral sanctions والسلطة عندما ترتكب عملاً مخالفاً للدستور يجوز نعت تصرفها بأنه غير دستورى ، ولكن لا يجوز نعته بأنه غير قانونى ، لأن القواعد الدستورية ليست قواعد قانونية فى مفهوم أوستن ومدرسته.

أما المدارس التى توسع من مفهوم الجزاء ولا تجعله قاصراً على فكرة القهر الذى تفرضه السلطة العامة فإنها ترى أن القواعد الدستورية هى قواعد قانونية ، ذلك أن مخالفة القاعدة الدستورية قد يرتب أحياناً جزاءاً من قبل السلطة العامة ، ولكنه فى حالات أخرى يتمثل فى نوع من رد الفعل الاجتماعى العنيف الذى قد يصل إلى حد الثورة ضد مخالفة القاعدة الدستورية.

والعميد ديجى صاحب نظرية التضامن الاجتماعى من أشهر المدافعين عن هذا الاتجاه الذى يرى أن القواعد الدستورية هى قواعد بكل معنى الكلمة [١].

وغالبية الفقه العربى تذهب إلى أن القواعد الدستورية هى قواعد قانونية ، إلا أن أستاذنا الدكتور عثمان خليل يوشك أن ينفرد بين أساتذة القانون العام برأى مخالف إذ يقول «والحقيقة أنه من الناحية المنطقية يجب أن يتشكك الإنسان فى اعتبار القواعد الدستورية.. قواعد قانونية بالمعنى الوضعى الذى حددناه ، نظراً لعدم توفر ركن الجزاء الذى تبينا أهميته فى القاعدة القانونية بالمعنى الصحيح» [٢].

ولكنه مع تشككه فى كون القواعد الدستورية قواعد قانونية يفضل استعمال لفظ «قانونى» بشأنها على سبيل التجوز لما لذلك من فوائد عملية ودراسية.

ونحن من جانبنا نرى أن القواعد الدستورية قواعد قانونية تماماً ، ونرى أن فكرة الجزاء التى هى عنصر من عناصر القاعدة القانونية يجب أن ينظر إليها نظرة اكثر اتساعا وأكثر عمقاً من مجرد كونها تعبيراً عن القهر المادى الذى تفرضه السلطة العامة.

أن فكرة الجزاء تختلف بين فروع القانون المختلفة ، وهى لا تختلف مجرد اختلاف فى الدرجة ولكنها تختلف فى طبيعتها.

أن فكرة الجزاء فى القانون المدنى لا تحركها فى الأغلب الأعم إلا إرادة الأفراد فى مواجهة بعضهم ، على أن الجزاء فى قانون العقوبات

---

(١) Duguit : Traite de Droit Constitutionnel. T. II, 3rd ed.. 1928. P. 202.

(٢) مذكرات غير منشورة لـ د. عثمان خليل.

- القانونى الجزائى - تحركه الإرادة العامة ، ونوع الجزاء فى الحالة الأولى يختلف عن نوعه فى الحالة الثانية.

قد يكون الجزاء فى الحالة الولى تعويضاً بمبلغ من المال أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه أو إبطال تصرف من التصرفات ، وقد يكون فى الحالة الثانية غرامة أو حبساً أو حرماناً من الحياة نفسها فى صورة الجزاء بالإعدام.

ليس الجزاء صورة واحدة ولا نوعاً واحداً إذن فى فروع القانون المختلفة.

كذلك فإن مخالفة القاعدة القانونية لا تستتبع الجزاء فى كل حالة من حالات المخالفة. فقد تقع المخالفة ولا يكون هناك جزاء لأن المضرور لم يستعمل حقه فى رفع الدعوى ، أو لأن أمر المخالفة لم يتصل بعلم السلطات العامة ، أو انه اتصل بها ولكن الفاعل ظل مجهولاً.

حقاً يبقى احتمال الجزاء قائماً فى كل هذه الحالات حتى مع عدم توقيعه فعلاً ، ولكن المهم أن الرابطة الضرورية الحتمية بين وقوع المخالفة وتوقيع الجزاء ليس حادثاً بصفة مستمرة.

وفيما يتعلق بالجزاء على المخالفات الدستورية يجب أن نفرق بين أمرين :

أولاً : الخروج على الدستور كله.

ثانياً : الخروج على بعض نصوصه.

والحالة الأولى تدخل فى باب انتهاء حياة الدستور نفسه ، وذلك أن الخروج على الدستور كله لا يعنى شيئاً غير تعطيل الدستور وانتهاء حياته. وسندرس هذا الموضوع عندما ندرس طرق انتهاء الدساتير.

أما الحالة الثانية التى يحدث فيها خروج أو مخالفة لبعض القواعد الدستورية فإن الذى يحدث عادة أن السلطة العامة التى يفترض أنها ارتكبت المخالفة الدستورية لا تعترف بتلك المخالفة ، وإنما تحاول أن تقدم بين يدى تصرفها التبريرات والتفسيرات التى تظهرها أمام الرأى العام وكأنها لم ترتكب مخالفة دستورية ، وهذا فى حد ذاته دليل على مدى الشعور بالالتزام بالقواعد الدستورية حتى لدى من يحاولون الخروج عليها.

وفى البلاد التى توجد فيها رقابة فعالة لدستورية القوانين فإن تصرف السلطة العامة سواء أخذ صورة القانون أو صورة أداة أدنى منه يمكن أن يطعن فيه بالبطلان أو أن يدفع بعدم نفاذه لمخالفة الدستور ، وفى ذلك نوع من الجزاء الأكيد ضد مخالفة القاعدة الدستورية.

كذلك ومن ناحية أخرى فإن أجهزة السلطة العامة يفترض فيها أن يراقب بعضها البعض من اجل تصحيح المخالفات الدستورية وتوقيع الجزاء بشأنها.

والحقيقة أن سبباً أساسياً من أسباب توزيع وظائف الدولة الأساسية على أجهزة متعددة فيها هو ضمان سيادة القانون والحيلولة دون الاستبداد بالسلطة – أى الانفراد بها – ومن ثم ايجاد إمكانية الخروج على القانون.

وهذا التوزيع على عديد من الأجهزة يجعل كلاً منها رقيباً على الآخر من ناحية وموازناً لسلطته من ناحية أخرى «Source naterielle» وحائلاً فى النهاية دون مخالفة قواعد القانون الدستورى.

ومع إيماننا بالكامل بأن القواعد الدستورية هى قواعد قانونية بكل

معنى الكلمة فإنه يجدر بنا أن ننبه إلى مسألة أساسية تلك هى أن القواعد القانونية – ومن بينها القواعد الدستورية – لكى نضمن لها الفاعلية والنفاذ فإنها يجب أن تكون تعبيراً حقيقياً عن الأبعاد السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية لشعب ما . فإذا تحقق ذلك فإن الرأى العام فى مثل هذا الشعب سيكون هو السياج النهائى لحماية الدستور ولإقرار مبدأ سيادة القانون.

أما إذا وقع الافتراق لأى سبب من الأسباب بين القاعدة القانونية وأساسها الاجتماعى فإنها – رغم كل جزاء – لن تستند إلى جذور عميقة فى نفوس الناس ، وسيكون اقتلاعها – فضلاً عن مخالفتها – أمراً بالغ السهولة.

فى بلاد أوربا الشرقية قبل انهيار سور برلين وسقوط النظام الماركسى كانت نصوص الدستور فى واد وواقع الحياة العملية فى واد آخر. كان للنصوص بريق ولمعان وكانت الحياة مليئة بالكئابة والقهر.

وكذلك الحال وما زال – فى الكثرة من بلاد العالم الثالث.

الباب الثانى

مصادر القواعد الدستورية

تمهيد وتقسيم :

مصدر القاعدة القانونية قد يكون مصدراً مباشراً وقد يكون مصدراً غـير مباشر. والمصدر المباشر هو ما يرجع إليه مباشرة لمعرفة القاعدة القانونية ، وهو ما يحدد القاعدة تحديداً مباشراً ، وهذا هو ما يعرف أيضاً بالمصدر الرسمى للقاعدة القانونية.

علـى أن كلمة مصدر قد تعنى أيضاً المصدر غير المباشر للقاعدة القانونـية ، المصـدر الـذى يساهم فى الأصل فى إنتاج موضوع القاعدة ويتمثل ذلك فى النظريات السياسية والاقتصادية والحضارية التى تسود فى مجتمع معين وتشكل الأساس الذى تبنى عليه تنظيمات ذلك المجتمع وقواعده القانونية. فالدين والفلسفة السائدة والعلاقات الاقتصادية والتطور الاجتماعى كلها تعتبر من المصادر غير المباشرة أو من المصادر الموضوعية للقاعدة القانونية.

علـى أن الديـن أحـياناً يكون مصدراً مباشراً – مصدراً رسمياً – لبعض القواعد القانونية فى بعض البلاد.

والـذى يعنيـنا أن نعـرض له هـنا هـو المصادر الرسمية للقواعد الدستورية، تلك المصادر التى يرجع إليها مباشرة لمعرفة القاعدة الدستورية.

ولا شك أن هذه المصادر الرسمية لم تأخذ شكلها المحدد إلا نتيجة تفـاعل طويـل فـى كـيان المجـتمع ونتيجة نضج المصادر الموضوعية وتأثيرها، ولكن المصادر الموضوعية تعنى الفلسفة القانونية أكثر مما تعنى الفقـه ، وعلى ذلك فإن عدم تعرضنا للمصادر الموضوعية لا يعنى التقليل مـن شـأنها وإنمـا يعـنى أنها تدخل أساساً فى نطاق الفلسفة القانونية

ولا تدخل إلا عرضاً فى الدراسة الفقهية الوضعية.

والمصـــادر الرســـمية للقواعــد القانونية عموماً – ومنها القواعد الدستورية – ليست كلها محل اتفاق وان كان بعضها محل اتفاق.

فالتشريع كمصدر للقاعدة القانونية لا خلاف عليه.

ولكن المصادر الأخرى غير التشريع يوجد حولها الخلاف.

فالعرف وهو أهم مصدر رسمى بعد التشريع للقاعدة القانونية تقره الغالبـــية فى الفقه ، ولكن أنصار المدرسة الشكلية يرفضون اعتبار العرف مصدراً من مصادر القاعدة القانونية.

والقضـــاء مصدر رسمى للقاعدة القانونية ، وهو مصدر على قدر كبـــير مـــن الأهمية فى بعض البلاد ، مثل بلاد السوابق القضائية : إنجلترا وأمـــريكا وبلاد الثقافة القانونية الأنجلوسكسونية عموماً وفى بعض فروع القانون كالقانون الإدارى حتى فى بلاد الثقافة القانونية اللاتينية.

والفقه قد يعتبره البعض مصدراً رسمياً للقانون أو لبعض فروعه ، والمادة الثامنة والثلاثون من نظام محكمة العدل الدولة تعتبر مؤلفات كبار فقهاء القانون الدولى مصدراً رسمياً من مصادر القواعد الدولية وإن كانت نعتبرها مصدراً رسمياً احتياطياً [١].

وقـــد كـــان الفقـــه فى الماضى يعتبر مصدراً رسمياً لبعض فروع القـــانون الأخرى ومنها القانون الدستورى ، لكن الفقه فى الوقت الحاضر فقد هذه الصفة ولم يعد يعتبر بين المصادر الرسمية للقاعدة الدستورية.

وعلـــى ذلك سندرس المصادر المباشرة الثلاث للقواعد الدستورية وهى على اختلاف أهميتها – التشريع والقضاء والعرف.

---

(١) د. حامد سلطان : القانون الدولى العام فى وقت السلم – القاهرة ١٩٦٨ ، ص٥٧.

الفصل الأول

التشريع

التشـــريع هو تلك القواعد القانونية المدونة التى تصدر عن سلطة مخولـــة بإصـــدارها. وبالنسبة للقواعد الدستورية فإن مكانها الأساسى هو الوثيقة الدستورية.

ولكن وفقاً للمعيار الموضوعى فى تحديد مفهوم القانون الدستورى فـــإن التشـــريعات العادية قد تكون أحياناً مصدراً لقواعد دستورية بالمعنى الموضـــوعى. فقوانين الانتخابات وقوانين توارث العرش فى البلاد الملكية التى لا ينص الدستور نفسه على كيفية وراثة العرش فيها تعتبر مصدراً من مصادر القاعدة الدستورية.

وفـــى الـــبلاد الـــتى يكـــون الدستور فيها مرناً – على النحو الذى ســـنعرض له فـــيما بعـــد – لا يكـــون هـــناك فارق فى القوة بين القواعد الدســـتورية الواردة فى الوثيقة الدستورية نفسها والقواعد الدستورية التى تتضمنها بعض القواعد العامة.

أما فى البلاد التى يكون فيها الدستور جامداً فإن القواعد الدستورية الـــواردة فـــى الوثـــيقة الدستورية تعتبر من حيث القوة القانونية أعلا من القواعد الدستورية التى ترد فى قوانين عادية.

ولكـــن المشرع الدستورى يعمد أحياناً إلى النص على رفع القوة القانونية لتشريع عادى إلى مستوى القوة القانونية للدستور نفسه.

مثل ذلك ما هو حادث فى الكويت بالنسبة لقانون توارث الإمارة إذ نصـــت المـــادة الرابعة من الدستور الكويتى على إعطاء ذلك القانون قوة

دستورية ، وتطلبت لتعديله ما يطلبه الدستور نفسه لتعديله من إجراءات.

كذلك فإن دستور ١٩٥٦ فى الجمهورية المصرية - آنذاك - أضفى على بعض نصوص قانون الإصلاح الزراعى الذى حدد الملكية الزراعية صفة دستورية تجعلها فى مصاف النصوص الدستورية من حيث القوة.

وعلى أى حال فإنه عندما يكون الدستور جامداً لا يجوز الخروج على أحكامه بمقتضى قواعد يتضمنها قانون عادى وإلا كان فى ذلك مساس بمبدأ سموا لدستور الذى سنعرض له فيما بعد.

التشريع إذن هو المصدر الرسمى الأول من مصادر القواعد الدستورية.

والتشريع هنا يعنى أساسا الوثيقة الدستورية نفسها ، أى الدستور، ويعنى بالإضافة إلى ذلك القوانين العادية أو النصوص التى ترد فى قوانين عادية تتعرض لموضوعات هى بطبيعتها دستورية لاتصالها بتنظيم السلطات العامة السياسية أو بالحقوق الأساسية للأفراد.

وتزداد أهمية التشريع باعتباره المصدر الأول للقواعد القانونية عموماً وكذلك للقواعد الدستورية فى الزمن الحاضر ، ذلك أن الفلسفة السائدة فى المجتمعات المعاصرة هى فلسلة تدخليه - على اختلاف درجات التدخل - وهذه الفلسفة تجعل يد سلطة الدولة تمتد لتنظيم كثير من الأمور وكثير من العلاقات التى كانت لا تمتد إليها يد الدولة فى الماضى . ووسيلة السلطة إلى مثل هذا التنظيم هى التشريع.

وفى مجال القواعد الدستورية فإن خطورة وأهمية العلاقات التى تنظمها هذه القواعد من ناحية ، وتقدم فن الصياغة الدستورية من ناحية

أخــرى ، جعــل التشــريع هو المصدر الرسمى الأول والأهم بالنسبة لهذه القواعد.

كذلك فإن تصفية الاستعمار ونشأة الدول الحديثة الكثيرة فى أعقاب الحــرب العالمـــية الثانـــية وتعطش هذه الدول إلى استكمال مظاهر الدولة الحديثة جعل أغلبها يتجه عقب استقلاله مباشرة إلى وضع دساتير مكتوبة تــنظم السلطات العامة فى تلك البلاد وتنص على ما للمواطنين من حقوق فيها. ولم يكن أمام هذه البلاد من وسيلة إلا التشريع لتنظيم أمور الحكم.

ومن هذا كله يبدو ما للتشريع من أهمية ويتأكد ما فيه من وضوح وتحديــد ، ولعل ذلك هو ما جعل التشريع باعتباره مصدراً رسمياً للقواعد القانونية ومن بينها القواعد الدستورية ليس محلاً لخلاف من أحد[1].

---

(١) راجــع فيما يتعلق بمصادر القواعد القانونية عموماً مؤلفات أصول القانون العديدة والغنـــية بالدراســـات والآراء حول هذه الموضوعات التى تدخل فى صميم دراسة أصـــول القانون. وهذا هو الذى يدعونا إلى عدم الإفاضة فى تناولها وشرحها هنا إيمانـــاً مـــنا بأن التقسيم والتخصص الفنى بين العلوم يخدمها جميعاً ويساعد على تقدمها كلها. وقد أشرنا إلى ذلك فى التمهيد لهذه الدراسة.

الفصل الثانى

القضـــاء

هل أحكام القضاء تعتبر مصدراً رسمياً للقواعد الدستورية ؟

يجــب أن نفرق بين الأحكام العادية وما يقال له أحكام المبادئ من ناحــية ، وبين بلاد السوابق القضائية والبلاد التى لا تأخذ بنظام السوابق القضائية من ناحية أخرى.

أما بالنسبة للأحكام العادية التى تطبق النصوص القانونية الواضحة على القضايا المطروحة أمام المحاكم فإن هذه الأحكام لا يتصور باتفاق أن تكون مصدراً رسمياً للقواعد القانونية بصفة عامة.

أما أحكام المبادئ ، تلك الأحكام التى تملأ نقصاً فى القانون بتشييد مبدأ قانونى جديد ، أو التى تفسر قاعدة قانونية تفسيراً يغاير المستقر من تفسيرات ، فإنها تصلح لتكون محلاً للتساؤل.

وللإجابة عن هذا التساؤل تجرى التفرقة بين بلاد الثقافة القانونية اللاتينية وبلاد الثقافة القانونية الانجلوسكسونية.

فى البلاد الأولى – ومثالها الواضح فرنسا – فإن أحكام المبادئ أياً كانــت المحكمة التى أصدرتها لا تعد مصدراً رسمياً للقواعد القانونية ، إذ انه مهما كانت القيمة الأدبية لتلك الأحكام فإنها لا تعد ملزمة للمحكمة التى أصدرتها فى قضائها القادم ولا تعد ملزمة للمحاكم الأدنى درجة.

هذا من الناحية النظرية.

أمـــا من الناحية العملية فإن أحكام المبادئ التى تصدر من المحاكم العلـــيا – محكمـــة الـــنقض أو مجلـــس الدولة بصفة أساسية – تعتبر بعد استقرارها فترة طويلة بمثابة مصدر تكميلى للتشريع بصفة عملية غير رسمية.

وعلـــى ذلك فإننا نستطيع أن نعتبر حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصـــر الصادر بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٤٨ والذى قرر حقَ القاضى فى رقابة دســـتورية القوانيـــن ، وحكم نفس المحكمة الصادر فى ٢٦ يونيه ١٩٥٠ والـــذى قرر أن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تفرض من عنديتها ودون نص تشريعى قيوداً على الصحافة على اعتبار أن حرية الصحافة لا تحتمل سوى التنظيم القانونى الذى يرد بقانون وليس بأداة أقل منه ، وحكم مجلس الدولـــة الفرنســـى ١٩٥٠ الذى قضى بحق السلطة التنفيذية فى أن تضع بعض الإجراءات المنظمة لحق الإضراب المعترف به دستورياً ، نستطيع أن نعتبر هذه الأحكام من أحكام المبادئ ذات القيمة الأدبية الكبرى والتى يمكن أن تعتبر بمثابة المصدر التكميلى المقرر لقواعد دستورية تكميلية.

ولكـــن هذا المصدر لا يمكن التسليم به فى البلاد التى لا تأخذ بنظام الســـوابق القضـــائية – ومـــنها فرنســـا ومصر – باعتباره مصدراً رسمياً للقواعد الدستورية [١].

ويختلف الحال عن ذلك بالنسبة لأحكام المبادئ فى البلاد التى تأخذ بـــنظام السوابق القضائية ، ذلك أن القضاء فى تلك البلاد يعتبر بغير خلاف مصـــدراً رســـمياً من مصادر القواعد القانونية ، والـــ Common Law يعتـــبر قانونـــاً قضـــائياً إلى حد كبير ، أى يعتبر قانوناً قام القضاء ونظام السوابق بتشييد الغالبية من قواعده [٢].

وفـــى البلاد التى تأخذ بنظام السوابق القضائية تتقيد كل محكمة فى

---

(١) انظر مع ذلك : د. عبدالفتاح حسن : مبادئ النظام الدستورى فى الكويت – بيروت ١٩٦٨ ، ص٥٤ ، حيـــث أورد الأحكـــام الثلاثة المشار إليها فى المتن باعتبارها تضع قيوداً دستورية يمكن الاعتماد عليها.

(٢) د. سعد عصفور : القانون الدستورى ، الإسكندرية ١٩٥٤ ، ص٦٢-٦٥.

قضـــائها بالمـــبادئ الـــتى سارت هى عليها من قبل وبالمبادئ التى سارت عليها المحاكم الأعلى منها درجة.

وعلـــى ذلـــك فإن المبادئ التى يرسيها قضاء مجلس اللوردات – باعتباره المحكمة العليا – فى المملكة المتحدة هو قضاء ملزم لكافة المحاكم الأخـــرى وللمجلس نفسه فى قضائه القادم، وعلى ذلك فإن هذا القضاء يعد بغير خلاف مصدراً من مصادر القانون.

ولما كانت القواعد الدستورية فى بريطانيا – سواء فى مصدرها أو شكلها – لا تختلف عن القواعد القانونية العادية فإن القضاء يعتبر مصدراً رسمياً لها بنفس الدرجة التى يعتبر بها مصدراً رسمياً للقواعد القانونية العادية.

والـــذى يقـــرأ أى كتاب للقانون الدستورى باللغة الإنجليزية يلفت نظره أن ثبتا بالقضايا المشار إليها فى الكتاب يرد فى أوائل صفحات الكتاب تقديـــراً لمـــا لهـــذه القضايا من أهمية ، وتوشك الدراسة الفقهية أن تكون تحلـــيلاً لهـــذه القضـــايا Study Case اكثر منها تحليلاً للمبادئ النظرية. ويوضـــح أهمـــية السوابق القضائية فى النظام القضائى فى بلاد السوابق القضائية انه توجد مجموعات كاملة للأحكام يرجع بعضها إلى القرن الثالث عشـــر ، وأنـــه توجد إلى جوار ذلك مجموعات يخرجها بعض الفقهاء فى بعـــض الفـــروع القانونـــية ومنها القانون الدستورى الذى صدرت بالنسبة للسوابق القضائية فيه عدة موسوعات تضم السوابق القضائية والتعليق عليها[١].

---

(١) انظر بالذات :

Lawson & Keir : Cases in Constitutional Law. 2ne ed., 1933.
H. Philips & T. Wade : Leading Cases in Constitutional Law 8th ed.. 1947.
G. Wilson : Cases & Materiales on Constitutional and Administrative Law. 1966.

الفصل الثالث

العـــرف (*)

يعتبر العرف أقدم مصدر رسمى للقواعد القانونية ، بل أنه كان فى الأزمنة البعيدة وقبل شيوع الكتابة المصدر الرسمى الوحيد للقواعد القانونية.

ومازال العرف فى المجتمعات الزراعية يحظى بقيمة كبيرة حتى أن القواعـــد القانونـــية القديمـــة فى تلك المجتمعات التى مصدرها العرف لم تســـتطع التشريعات المدونة أن تحل محلها فى وجدان الناس وتعاملهم إلا بصعوبة شديدة.

ولكن العرف فى المجتمعات المتطورة يفقد كثيراً من أهميته ويخلى مكانه لكى يحل محله التشريع المكتوب [1]، ولكن ليس معنى تقهقر العرف عـــن المكانـــة الأولى بالنسبة لمصادر القاعدة القانونية أنه فقد كل الأهمية وأنه لم يعد مصدراً رسمياً للقواعد القانونية.

ولكـــن مدرســـة من مدارس القانون هى المدرسة الشكلية ترى أن العرف لم يعد يصلح مصدراً رسمياً من مصادر القاعدة القانونية وأنه ليس إلا مصدراً مادياً أو موضوعياً لها.

ولكـــن هذه المدرسة الشكلية التى يتزعمها أوستن والتى سبق أن أشـــرنا إليها ليست هى المدرسة الغالبة فى فقه القانون ، وما زالت غالبية

(*) راجع فيما يتعلق بماهية العرف وأركانه دراسات أصول القانون والمدخل للدراسات القانونـــية حيـــث يـــدرس العـــرف باعتباره مصدراً من مصادر القواعد القانونية بتفصيل، ويوضح ركناه المادى والمعنوى ويناقش ما يثار حول كل منهما من جدل.

(١) Roger Pinto : Elements de Droit Constitutionnel. 2eme ed Lille. 1952. P. 75.

الفقه ترى أن العرف وأن فقد مكانه القديم إلا انه مازال مصدراً رسمياً من مصادر القاعدة القانونية.

وبالنسـبة للقواعـد الدستورية ، ولما لها من الخطر والأهمية ما يرجح غيرها من القواعد القانونية العادية ، فإن التساؤل حول قيمة العرف باعتباره مصدراً رسمياً للقواعد الدستورية يثير كثيراً من الجدل.

وبعـض الفقهاء المحدثين مازال يشايع النظرية الشكلية ويرى أن العرف لا يمكن أن يكون مصدراً للقاعدة الدستورية.

وعلى رأس هؤلاء كاريه دى مالبرج.

ويذهـب كاريه دى مالبرج إلى أن الخاصية الأساسية للدستور هو أنـه قـانون أكثر قوة وصلابة Rengorcee من القوانين العادية ، وفكرة الدسـتور نفسها تقوم على هذا الأساس. ومن ثم فهو يرى أن ثمة تناقضا أو عدم التقاء بين الدستور والعرف.

"Il y a des lors, incompatibilite entre constitution et coutume" [1] ولكـن الغالبـية من الفقهاء المحدثين ترى أن العرف يصلح مصدراً رسمياً للقواعد القانونية الدستورية وان اختلف هؤلاء حول أسـاس صلاحية العرف وحول المدى الذى يستطيع أن ينشئ فيه القواعد القانونية الدستورية.

والعـرف الدسـتورى – شأنه فى ذلك شأن العرف بصفة عامة – يقوم على ركنين : الركن المادى – والركن المعنوى.

والركـن المـادى يقوم على مراعاة سلوك معين سواء كان سلوكاً

---

(١) **R. Carre de malberg : Contribution a la therorir generale de l'Etat. Paris. 1922. T. II. P. 582.**

إيجابياً أو سلبياً – على نحو متكرر بغير اعتراض عليه.

والركـــن المعـــنوى L'element psychologique يقـــوم على الاعتقاد بأن مراعاة ذلك السلوك أصبحت التزاماً قانونياً [١].

ولـــيس هـــذا هو مجال الدخول فى تفصيلات دراسة هذين الركنين والخلاف حول الشروط اللازمة لقيام كل منهما [٢].

وعلى أى حال فإنه بالنسبة لقيام الركن المادى يرى غالبية الفقهاء أن الســـلوك الـــذى يتوافر به قيام ذلك الركن يتعين أن يكون التكرار ليس شرطاً أساسياً فى العرف ، فقد يتكرر التصرف ولا يقوم العرف ، وقد يقوم العرف مستنداً إلى تصرف واحد.

والركـــن المعـــنوى – على أى حال – هو الذى يعطى للعرف قوته ويجعله مصدراً رسمياً من مصادر القاعدة القانونية ، ويقوم الركن المعنوى علـــى إحســـاس الجماعـــة بضرورة التصرف وفقاً لمسلك معين بحيث أن الحيدة عن ذلك المسلك تثير فى ضمير الجماعة رد فعل معاكس .

والعـــرف الدســـتورى فيما يتعلق بصلته بالنصوص الدستورية قد يكـــون عـــرفاً مفســـراً لنص دستورى ، وقد يكون عرفاً مكملاً لنقص فى الدســـتور ، وقد يكون بإلغاء حكم وإحلال حكم آخر حله ، وقد يكون بإلغاء حكم دون إحلال شئ محله.

---

(١) روجر بنتو : المرجع السابق ، ص٧٥-٧٦.

(٢) انظر فى الموضوع العديد من كتب أصول القانون ، وانظر أيضاً :

M. Reglade : la coutume en Droit constitutionnel interne. Bordeaux. 1919.

«رســـالة دكتوراه» أشار إليها بيردو فى «القانون الدستورى والأنظمة السياسية» ط١٢ ، ص٥٨.

ونحاول الآن أن نستعرض كل صورة من هذه الصور على حده.

أ- **العرف المفسر** : **Coutume interpretative**

يفترض العرف الدستورى المفسر أن ثمة نصاً دستورياً غامضاً ثم يجـرى العمـل علـى تفسير ذلك النص تفسيراً معيناً تسير عليه السلطات العامة ، هنا يقوم عرف دستورى مفسر.

والفقهـاء جمـيعاً مـتفقون علـى إمكانية قيام العرف الدستورى المفسـر، وعلـى أن هذا العرف المفسر له ما للنص الدستورى الذى يقوم العرف بتفسير من قوة.

ومـن الأمثلة التى تضرب على العرف الدستورى المفسر ما جرى علـيه العمـل فـى فرنسـا فى خصوص تطبيق المادة الثالثة من القانون الدسـتورى الصادر فى ٢٥ فبراير ١٨٧٥ والتى كانت تقضى أن «رئيس الجمهورية يكفل تنفيذ القوانين» **"Assurc l'execution des lois"** .

وقـد استقر العمل فى فرنسا فى ظل هذا النص على أن كفالة تنفيذ القوانيـن لا تكون إلا بإمكانية إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ تلك القوانين ، وعلى ذلك فقد فسر النص تفسيراً من مقتضاه أن يكون لرئيس الجمهورية حق إصدار اللوائح التنفيذية.

ولكن لا يجوز عن طريق ادعاء التفسير الخروج بالنص عن معناه الأصلى فإن ذلك يتعدى حدود التفسير إلى صور أخرى.

والحقـيقة أن المـثل السـابق بخصوص تفسير المادة الثالثة من دسـتور ١٨٧٥ من أدق الأمثلة على العرف الذى يستند إلى نص غامض لـيزيل الغمـوض ولكنه لا يأتى بشئ جديد لا يقتضيه منطق أعمال النص نفسه.

فــى المــثال المشــار إلــيه يعهد النص لرئيس الجمهورية بتنفيذ القوانيــن ، ووفقاً لما يقوله الأصوليون فإن ما لا يقوم الواجب إلا به فهو واجب ، وتنفيذ القوانين يكون أساساً عن طريق اللوائح التنفيذية ، ومن ثم فــلا خــلاف على أن العرف المفسر لم ينشئ حكماً جديداً ولم يكمل نقصاً وإنما رفع غموضاً وأتاح للنص إمكانية التنفيذ السليم.

وإذا كان العرف المفسر – على ذلك النحو – لا خلاف على سلامته وعلى قوته فإن الخلاف يثور حول صور العرف الدستورى الأخرى.

ب- العرف المكمل :

يأخذ العرف المكمل صورتين :

صورة يفترض فيها أن الدستور قد أتى بتنظيم لأمر معين ولكن هذا التنظيم فيه بعض جوانب النقص فيأتى العرف المكل ليكمل هذا النقص.

والصورة الأخرى يفترض فيه أن الدستور لم يأت أصلاً بتنظيم لأمر معيــن فــيأتى العرف ليسد هذا النقص ويكمل هذا التنظيم بما لا يتعارض بطبيعة الحال مع نص فى الدستور.

والصورتان كما يبين ليستا على مستوى واحد ، ومن ثم فإن الرأى فى مدى جوازهما ليس واحداً.

الصــورة الأولى : من أمثلة هذه الصورة أن دستور ١٨٧٥ فى فرنسا نظــم موضــوع انتخاب أعضاء الجمعية الوطنية ونص على أن يكون ذلك الانــتخاب عامــاً. ولكنه لم يبين ما إذا كان الانتخاب العام يكون مباشراً أم غير مباشر.

هــنا نجــد أنفســنا بصدد تنظيم لموضوع معين ولكن هذا التنظيم يكتنفه نوع من النقض.

وعلى ذلك فقد جرى العمل فى فرنسا على أن الانتخاب يكون عاماً ومباشـراً باعتبار أن ثمة عرفاً مستقراً فى فرنسا على أن الانتخاب يكون مباشراً.

والصورة الثانية : مـن أمثلة الصورة الثانية أن دستور ١٨٧٥ فى فرنسـا لـم يـنظم طريقة عقد القرض العام ، ذلك على حين أن الدساتير السـابقة كانت تنص على أن القرض العام لا يعقد إلا إذا صدر قانون يأذن بـه . وقـد جرى العمل فى ظل دستور ١٨٧٥ الذى لم ينظم هذه المسألة على أنه ثمة قاعدة عرفية تكمل النقص الدستورى فى هذا المجال وتقضى بأنه لا يجوز عضد قرض عام إلا بناء على قانون يصرح به.

ويسـمى البعض هذه الصورة – الثانية – بالعرف المنشئ باعتبار أنها تنشئ قاعدة غير موجودة أصلاً وليس قصارها أنها تكمل قاعدة ناقصة كما فى الحالة الأولى.

وعلـى أى حال فإن الهدف من إنشاء القاعدة هو سد ثغرة وإكمال نقص مما يجوز معه أن يعتبر العرف فى هذه الصورة أيضاً من باب العرف والمكمل.

ومن الأمثلة التى تدور بين الصورتين السابقتين ما يتعلق بمنصب رئـيس مجلـس الـوزراء فى ظل دستور ١٨٧٥ فى فرنسا ، إذ أن ذلك الدسـتور لـم يعـرض لهذا المنصب – وان كان قد عرض بطبيعة الحال للسـلطة التنفـيذية – وعلى ذلك فقد تولى عرف دستورى تحديد ما تعلق برئيس مجلس الوزراء.

وتذهب الغالبية من الفقهاء إلى أن الصورة الأولى من صور العرف المكمل سليمة ولا غبار عليها وتكتسب نفس قوة القواعد الدستورية.

إلا أن فـــريقاً من الفقهاء يرى أن الصورة الثانية – بصرف النظر عـــن المثل الذى ضربناه والمتعلق بعقد القرض العام – إذ تنشئ حكماً غير موجود أصلاً إنما تضيف إلى الدستور حكماً جديداً سكت عنه الدستور فإذا كان ذلك الدستور جامداً فإن هذا الفريق من الفقه يرى أن ذلك الحكم الجديد لا يمكن أن يرقى إلى مرتبة القواعد الدستورية ، ذلك أن الإضافة هى نوع من التعديل الضمنى. وتعديل الدستور الجامد لا يمكن إلا بإجراءات خاصة ، والترخيص فى إنشاء قواعد عرفية مستحدثة قد يهدر جمود الدستور [١].

والحقـــيقة فـــيما نـــراه أن إقـــرار صورة من صور العرف المكمل ورفض الصورة الأخرى يحمل شيئاً من التناقض. ذلك أن جوهر الصورتين واحد ، وهو اكمال نقص فى الدستور بما لا يتعارض مع نصوصه ، ونحن نذهـــب إلى أن العرف المكمل بصورتيه هو الذى يدل على السعى الحقيقى للقـــاعدة الدســـتورية العرفية ، إذ أن القواعد الدستورية العرفية المفسرة يمكن الوصول إليها بغير اضطرار إلى القول بوجود قاعدة دستورية مفسرة وبالاعـــتماد علـــى طـــريق التفسير الموسع ، وقد تبين لنا فى المثال الذى ضربناه للقاعدة العرفية المفسرة انه يمكن الوصول إليها عن طريق القول بـــأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب دون ضرورة للقول بوجود قاعدة دستورية عرفية مفسرة.

العـــرف المكمـــل إذن فـــى تقديـــرنا هو بصورتيه العرف بالمعنى الحقـــيقى، فأما أن نقر العرف باعتباره مصدراً للقاعدة الدستورية وعندئذ نقـــر العرف المكمل – فى الحالتين – وأما أن نرفض العرف أصلاً وعندئذ نرفض العرف المكمل فى الحالتين.

---

(١) J. Laferriere : Manuel de Droit Constitutionnel, 2eme ed. 1947, p. 349.

والاتجـــاه الغالب كما تبين لنا هو الذى يقول بوجود العرف مصدراً رسمياً ثانياً للقواعد الدستورية، وعلى ذلك وبناء على هذا الرأى فالعرف المكمل فى الحالتين سليم ومنتج لأثاره وله نفس القوة الدستورية.

ج- العرف المعدل :

إذا كان العرف المكمل فى إحدى صورتيه قد أثار الجدل المتقدم فإن العرف المعدل لابد وان يثير بالضرورة جدلاً اكثر وأشد احتداماً.

والعرف المعدل يفترض أن ثمة تنظيماً دستورياً لأمر من الأمور ثم يأتى العرف ليعدل ذلك التنظيم على غير مقتضى النص.

وقد يكون العرف المعدل عن طريق إلغاء نص أو إسقاطه.

وقـــد يكون العرف المعدل – فى أشد صوره – تعديلاً لنص قائم بما يناقضه.

أمـــا صـــورة العرف المعدل عن طريق إلغاء نص أو إسقاطه فإنها تجـــد مـــثالها فـــى فرنسا وأيضاً فى ظل دستور ١٨٧٥ الذى كان دستوراً موجـــزاً وغامضـــاً فـــى بعض نصوصه ، ومن ثم ترك مجالاً كبيراً لوجود أعراف دستورية كثيرة طوال عمر الجمهورية الفرنسية الثالثة ، والصورة الـــتى نشـــير إليها هنا هى أنه بالرغم من أن دستور ١٨٧٥ يعطى لرئيس الجمهوريـــة حق حل الجمعية الوطنية فإن آخر مرة بوشر فيها هذا الحق كانت عام ١٨٧٧ على يد الرئيس مكماهون ثم لم يباشر ذلك الحق بعد ذلك حتى عام ١٩٤٠ عندما احتلت القوات النازية فرنسا.

وغالبية الفقهاء الفرنسيين تذهب إلى أن عرفاً معدلاً للدستور أسقط النص الذى يعطى لرئيس الجمهورية حق الحق.

ولكـــن العميد هوريو يذهب مذهباً مغايراً مقتضاه أن ذلك نوع من

عــدم الاســتعمال فحسب ، وأن عرفاً معدلاً للدستور فى هذا الخصوص لم يوجــد ، لأن حق الحل أساسى فى الأنظمة البرلمانية ، ولا يمكن للعرف أياً كانت قوته أن يصل إلى إسقاط هذا النص الذى يستند إلى ما يسميه هوريو القــانون المشترك Droit Commun فى الأنظمة الدستورية البرلمانية. ومن ثم فإن هوريو يرى انه لا مانع يمنع – وقد كان يكتب فى ظل دستور ١٨٧٥ – من إحياء هذا الحق واستعماله ، وأن النص الذى هجر يمكن أن يستيقظ من جديد.

"Le texte en sommeil peut se reviller".(١)

هذا هو تعليل هوريو لما جرى عليه العمل من هجر لاستعمال حق الحل ولكن غالبية الفقهاء كما قدمنا تذهب إلى أن عرفاً معدلاً للنص قد نشأ وسقط بمقتضاه حق رئيس الجمهورية فى حل الجمعية الوطنية.

وحالة أخرى من حالات العرف المعدل يقدمها لنا التاريخ الدستورى الفرنســى فــى ظــل الجمهوريــة الثالثة أيضاً ، تلك هى وضع المسئولية الوزارية ، ذلك أن الوزارة بمقتضى نصوص دستور ١٨٧٥ كانت مسئولة أمــام رئيس الجمهورية من ناحية وأمام البرلمان من ناحية أخرى ، وأثار ذلــك أزمــة بين الرئيس مكماهون والوزارة أدت إلى استقالة مكماهون ، وعندما اختير Jules Grevy وجه فى أول عهده رسالة إلى البرلمان قرر فــيها أن الــوزارة ستصبح مسئولة أمام البرلمان فقط وأنها لن تصبح بعد ذلك مسئولة أمام رئيس الجمهورية ، وعلى ذلك تغير وضع المسئولية من مســئولية ثنائــية – أمام الرئيس والبرلمان – إلى مسئولية أمام البرلمان وحده (٢).

---

(١) م. هريو : المرجع السابق ، ص٢٦١.

(٢) م. أندريه هوريو : المرجع السابق ، ص٢٧٥.

ذلـك بالـرغم مـن نصوص دستور ١٨٧٥ التى تؤدى إلى ثنائية المسئولية.

وقـد حـدا ذلك بالأستاذ بريلو أن يطلق على رسالة Grevy إلى البرلمان والتى ترتب عليها نشوء واستقرار العرف المعدل المشار إليه من قـبل – حدا ذلك [1] بالأستاذ بريلو أن يطلق على تلك الرسالة اسم دستور جـريفى "La Constitution Grevy" نظـراً لمـا كـان لها من أثر دسـتورى خطـير مـتعلق بقواعد المسئولية الوزارية التى هى من صميم الموضوعات الدستورية.

وحالة التغيير فى وضع المسئولية الوزارية على النحو السابق تعد مـن حالات العرف الدستورى الذى يأتى بتعديل مناقض لنصوص دستورية موجودة فعلاً.

كذلك فإنه مما يعد عرفاً معدلاً تعديلاً مناقضاً لنصوص دستورية ما حـدث فـى ظل دستور ١٩٤٦ فى ظل الجمهورية الرابعة فى فرنسا ، إذ كانـت المـادة الثالـثة عشـرة من دستور ١٩٤٦ تنص على أن الجمعية الوطنـية وحدهـا هى التى تضع القوانين وأنها لا تستطيع أن تفوض فى شأنها.

وكـان مقتضـى هذا النص الصريح انه لا مكان للمراسيم بقوانين Decrets Lois التى تصدرها السلطة التنفيذية ، ومع ذلك فقد نشأ عرف دسـتورى معـدل علـى غير مقتضى النص أجاز للسلطة التنفيذية إصدار المراسيم بقوانين.

ويقـول اندريه هوريو أن السلطات العامة بإقرارها لما جرى عليه

---

(١) بريلو : المرجع السابق ، ص٤٥١-٤٥٢.

العمل فى الأعراف السابقة جميعاً وعدم اعتراض أى جهة من هذه السلطات يؤدى إلى القول بأن العرف الذى نشأ هو عرف دستورى سليم.

ولكن هوريو يرى على عكس ذلك أن ما حدث فى عهد الجمهورية الخامسة عندما أجرى تعديل دستورى وفقاً للمادة الحادية عشرة من دستور ١٩٥٨ وليس وفقاً للمادة ٨٩ منه ، مثل هذا التعديل الدستورى تم على نحو غير دستورى ، وأنه لا يمكن القول بأن ثمة عرفاً دستورياً قد نشأ يجيز التعديل الدستورى على مقتضى ما نصت عليه المادة الحادية عشرة ، إذ أن التعديل الذى حدث أثار اعتراضا لدى كثير من السلطات العامة بحيث لا يمكن أن ينشأ على أساسه عرف [١].

والمادة الحادية عشرة من الدستور تعطى رئيس الجمهورية الحق فى أن يعرض على الاستفتاء العام بناء على اقتراح الحكومة أى مشروع قانون يتصل بتنظيم السلطات العامة ، ذلك على حين أن المادة ٨٩ من الدستور تتحدث صراحة عن التعديل الدستورى وترسم إجراءاته.

وفى أعقاب الأزمة السياسية الطاحنة فى مايو ١٩٦٨ أراد ديجول أن يلجأ إلى نفس الطريقة فى تعديل الدستور ولكنه لم ينجح فى الحصول على الأغلبية المطلوبة فى الاستفتاء فقرر اعتزال الحياة السياسية.

القيمة القانونية للعرف :

بعد أن استعرضنا صور العرف المتعددة نطرح ذلك السؤال :

ما هى القيمة القانونية للقواعد العرفية ؟

يواجهنا بادئ ذى بدء غلاة المتطرفين من المدرسة الشكلية الذين

---

(١) أندريه هوريو : المرجع السابق ، ص٢٧٦-٢٧٧.

ينكرون على القواعد العرفية كل قيمة ولا يرون فيها مصدراً رسمياً من مصادر القانون ، ذلك انهم لا يرون غير التشريع مصدراً للقواعد القانونية.

ولكن المعتدلين من أنصار المدرسة الشكلية يرون أن العرف قد يعبر أحياناً عن الإرادة الضمنية للمشرع ، ومن ثم فهم يجيزون وجود قواعد قانونية عرفية ، ولكن هذه القواعد العرفية باعتبارها تعبيراً عن الإرادة الضمنية لا يمكن أن تصل إلى حد إلغاء الإرادة الصريحة التى يعبر عنها التشريع. ولا يمكن أيضاً أن تخالفها ، أن كل ما تستطيع القاعدة العرفية أن تفعله هى أن تملأ فراغاً تركه التشريع لا أن تأتى بحكم على خلاف التشريع.

وإذا أردنا تطبيق ذلك على القواعد العرفية الدستورية فإنه لابد من التفرقة بين الدساتير المرنة والدساتير الجامدة ، ويرى هؤلاء – المعتدلون من أنصار المدرسة الشكلية – انه فى ظل الدساتير المرنة يتصور أن تنشأ القواعد العرفية الدستورية المفسرة أو المكملة باعتبار أن المفسرة لا تأتى بجديد وباعتبار أن القواعد المكملة تسد نقصاً تركه الدستور.

أما القواعد المعدلة فإنهم لا يسلمون بإمكان قيامها حتى ولو كان الدستور مرنا لأن القاعدة العرفية في نظرهم تبقى دائماً قاعدة احتياطية يسمح بها عند عدم وجود تنظيم تشريعى.

أما إذا كان الدستور جاماً فلا مجال معه لغير العرف المفسر.

ذلك أن الدستور الجامد يأتى فى مرتبة أعلى من التشريع العادى ، وقصارى العرف عندهم أن يأتى فى مرتبة مقاربة – وليست مساوية للتشريع العادى – وعلى ذلك تظل المسافة بين العرف والدستور الجامد واسعة ، وبالتالى لا تستطيع القواعد العرفية أن تؤثر فى نطاق الدستور الجامد.

فــإذا تركنا المدرسة الشكلية – متطرفيها ومعتدليها – وانتقلنا إلى المـــدارس الموضـــوعية الـــتى تـــرى فى العرف تعبيراً أصيلاً عن ضمير الجماعـــة لا يقـــل عـــن تعبير التشريع عن إرادتها فإننا سنجد أنصار هذه المـــدارس يـــرون أن العرف الدستورى بكل صورة له ذات القوة القانونية التى للقواعد الدستورية.

ولكـــن بعـــض هـــؤلاء يتوقف عند العرف المعدل فى ظل الدساتير الجامدة ويرى أن إرادة الجماعة عندما انصرفت إلى وضع الدستور وضعاً جـــامداً قصـــدت من وراء ذلك أن تجعله أبعد من أن يناله التعديل إلا وفقاً لإجـــراءات خاصة ومعقدة مما لا يتصور معه أن تكون للقاعدة العرفية من القوة ما يمكنها من تعديل نص دستورى جامد [١].

ونحـــن مـــن جانبـــنا لا نرى التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقواعد القانونية ومن بينها القواعد الدستورية. ومن ثم فنحن نرى للعرف دوره فى التعبير عن إرادة الجماعة وفى إنشاء القواعد القانونية.

ولكنـــنا مـــن ناحـــية أخرى نرى أن العرف فى المجتمعات الحديثة المعقـــدة والتى تشابكت فيها العلاقات ليس فى ذات الأهمية التى كان يتمتع

---

(١) انظر فيما يتعلق بالعرف الدستورى ومدارسه المتعددة :

M. Reglande : La coutume en Droit Constitutionnel interne. Bourdeaux. 1919.

«رسالة دكتوراه» . وكذلك :

J. Laferriere : La coutume Constitutionnelle, R.D.P., 1944, pp. 20-44.

وقد كتب لافاربير هذا المقال القيم فى الفترة التى كان يجرى فيها البحث فى فرنسا حـــول وضـــع دستور جديد بعد تحرير فرنسا من الغزو النازى ويشير بالذات إلى أهمـــية العرف الدستورى فى تلك البلاد فى ظل دستور ١٨٧٥ الذى كان مختصراً وغامضاً فى بعض أجزائه.

بها العرف فى الماضى.

كذلك ومن ناحية أخرى فإن القواعد الدستورية من شأنها أن تنظم السلطات العامة تنظيماً فى إطار معين مقصود مما لا يجوز معه التوسع فى دور العرف فى إمكانية تعديل ذلك الإطار.

ومع ذلك فنحن لا ننظر إلى موضوع العرف نظرة ساكنة وإنما نفضل أن ننظر إليه نظرة متحركة (ديناميكية).

فالدساتير القديمة غير الدساتير الحديثة من ناحية ، وليست كل الموضوعات التى ينظمها الدستور متشابهة من ناحية أخرى.

وإذا كانت الدساتير القديمة محتاجة إلى العرف كى يجعلها تساير الحياة ، فإن الدساتير الحديثة والفرض فيها أنها تعبر عن إرادة الجماعة الحالية أو القريبة لا يكون للعرف معها إلا مجال ضيق ومحدود ، كذلك فإن بعض الموضوعات الدستورية المتعلقة بالحريات العامة أو المقومات الأساسية للمجتمع أو بشكل الحكومة (ملكية أو جمهورية) يتعذر معها القول بأن للعرف فيها دوراً مؤثراً.

ونحن لا ننكر أن ذلك الموقف من العرف الدستورى ينقصه كثير من التحديد ، ولكن الذى نريد أن نذهب إليه بصفة عامة هو انه مع التسليم بوجود العرف الدستورى المفسر والمكمل وان ذلك العرف يكون له من القوة ما للدساتير نفسها من قوة – مرنة كانت أو جامدة – فإننا بالنسبة للعرف المعدل – وهو أخطر صورة العرف – نرفض أن نتخذ موقفاً جامداً ، ونرى أن العرف المعدل لا يمكن أن يطلق عليه حكم واحد فى ظل الدساتير القديمة والدساتير الحديثة ولا فى ظل الدساتير الجامدة والدساتير المرنة ولا بالنسبة لكل الموضوعات الدستورية.

ولعلنا نستطيع أن نبين وجهة نظرنا بضرب مثلين لما نقصد ، وكلا المثلين يتعلق بعرف دستورى معدل فى ظل دستور جامد.

المثل الأول يتعلق بالعرف الدستورى الذى استقر فى ظل دستور ١٨٧٥ والذى تعدلت بمقتضاه صورة المسئولية الوزارية من مسئولية ثنائية – أمام رئيس الجمهورية وأمام البرلمان – إلى مسئولية أمام البرلمان وحده.

هذا العرف المعدل نشأ فى ظل دستور مقتضب ونشأ أيضاً مؤكداً أن الوزارة أصبحت بمقتضى هذا العرف مسئولة أمام البرلمان وحده وليست مسئولة أمام كل من رئيس الجمهورية والبرلمان كما يفهم من النص الدستورى قبل أن يعدله العرف المشار إليه.

هذا عرف معدل فى ظل دستور جامد ، وهو فى تقديرنا عرف سليم.

والمثل الثانى يتعلق بتعديل الدستور الفرنسى فى ظل الجمهورية الخامسة عام ١٩٦٢ بمقتضى نص المادة الحادية عشرة وبالإجراءات المنصوص عليها فيها وليس بمقتضى المادة ٨٩ من الدستور والإجراءات المنصوص عليها فيها.

هنا لا نرى أن عرفاً معدلاً قد نشأ وإنما ننضم لمجلس الدولة الفرنسى وللمجلس الدستورى هناك فى أن الإجراء الذى اتبعه التعديل الدستورى لم يكن دستورياً ، ومن ثم فإنه لا يتصور أن يكون ذلك الذى حدث بداية لعرف دستورى معدل. ونضيف إلى ذلك ما يؤيد وجهة نظرنا فى رفض أن يكون ذلك الذى حدث بداية لنشوء عرف دستورى معدل أن اللجوء إلى تعديل الدستور بغير الطريق المنصوص عليها فيها لكيفية تعديله – المادة ٨٩ – يهدد الدستور نفسه ويهدد كل ما جاء فيه من أحكام تهديداً خطيراً.

وقد كان هذا التعديل يتعلق بطريقة اختيار رئيس الجمهورية والتى أراد ويجول أن يجعلها طريقاً مباشراً بالانتخاب العام من المواطنين بدلاً من اختيار الرئيس بواسطة البرلمان.

ولعلـــه يجدد بنا هنا أن نشير إلى حكم حديث نسبياً أصدرته عندنا المحكمـــة الإدارية العليا متعرضة فيه للقيمة القانونية للعرف الإدارى وقد ذهبت المحكمة فى ذلك الحكم إلى «أن العرف أنما يعتد به إذا لم يكن ناشئاً عـــن خطـــأ فى فهم القانون... وألا يكون العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم. وقـــد نـــص الشارع على العرف كمصدر رسمى للقانون غير انه من حيث تدرج القاعدة القانونية يأتى فى المرتبة الثانية بعد التشريع.

ومن ثم لا يجوز للعرف أن يخالف نصاً قائماً» (١).

وإذا كـــان هـــذا هو شأن العرف الإدارى فإنه يكون ومن باب أولى شأن العرف الدستورى. وعلى ذلك ووفقاً لمذهب المحكمة الإدارية العليا فى هذا الشأن فإن العرف الدستورى لا يمكن أن يخالف نصاً دستورياً قائماً.

والخلاصـــة أننـــا نـــرى أن العـــرف الدســـتورى المفسر والعرف الدستورى المكمل كلاهما عرف سليم ومنتج لقواعد دستورية.

لكننا نقف موقف الحذر من الأعراف الدستورية المعدلة خاصة تلك الـــتى يـــراد بهـــا أن تعدل نصوصاً حديثة أو موضوعات تتصل بالحريات الأساســـية ومقومـــات المجـــتمع وكيان الدستور نفسه ونرى أن مثل هذه الظروف الموضوعية تحول دون إمكانية نشأة العرف المعدل أصلاً.

---

(١) حكـــم صـــادر من المحكمة الإدارية العالي فى ١٩٦٢/٢/٢٤ منشور فى مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العالي فى عشر سنوات (١٩٥٥-١٩٦٥) ، ص ١٠٣٨-١٠٣٩.

الفصل الرابع

القوانين الأساسية

هل هي مصدر من مصادر القانون الدستوري ؟

والسبب في هذا التساؤل يرجع إلى أمرين :

الأمـر الأول .. هو ما جاء في الدستور الفرنسي – دستور أكتوبر ١٩٥٨ – من تفرقة بين قوانين أساسية أو عضوية Lois organiques وقوانين عادية.

الأمر الثاني .. فهو ما يطلق عليه عندنا في مصر القوانين المكلمة للدستور.

هـل هذه القوانين سواء في فرنسا أو في مصر تعد مصدراً رسمياً من مصادر القاعدة الدستورية ؟

الذيـن يأخذون بالمعنى الموضوعي للقانون الدستوري على النحو الـذي عرضنا له من قبل يجعلون لهذا النوع من القوانين سواء في فرنسا أو فـي مصر مكاناً فيما يقال له الدستور بالمعنى الواسع أو الموضوعي ، وذلـك إذا كانـت هـذه القوانين تعالج موضوعات دستورية مثل المجلس الدستوري في فرنسا أو القانون المنشئ للمحكمة الدستورية العليا في مصر أو قانون الأحزاب عندنا أو ما إلى ذلك من قوانين.

هـذه القوانيـن تؤثر على الحياة الدستورية من غير شك ومن هنا تـأتي أهميـتها ولكـن الذي لا شك فيه أيضاً أن هذه القوانين – حتى مع التسليم بأنها أعلا درجة في مراتب التشريع من القوانين العادية في فرنسا– لا تعتـبر نصوصـاً دستورية ولا يجوز عند مخالفتها الدفع بعدم دستورية

القانون المخالف.

ومن ثم فإن هذه القوانين سواء فى فرنسا أو فى مصر تظل قوانين عادية وليست نصوصاً دستورية تأخذ حكم الدستورية وقوته [1].

---

(١) راجـع فـى ذلـك د. جابـر جاد نصار : الوسيط فى القانون الدستورى ص ٨٦ وما بعدها والمراجع التى أشار إليها.

وراجـع د. رمـزى الشـاعر : الـنظام الدستورى المصرى ٢٠٠٠ – ص ٢٩٥ وما بعدها.

الباب الثالث

طرق وضع الدساتير

تمهيد :

الدساتير المكتوبة بطبيعة الحال هى التى يمكن أن نبحث عن طريقة وضعها ذلك أن الدساتير العرفية – أى التى يغلب على قواعدها أن يكون مصدرها العرف – لا توضع وضعاً – ولا تدون فى وثائق يتبع فى تدوينها إجراءات معينة ، ثم يتبع فى إصدارها إجراءات أخرى وهكذا ، ولكن العرف ينشئها قاعدة فى أوقات مختلفة وفى ظروف متباينة ، وعلى ذلك فإن البحث فى ظروف وضع الدساتير ينصرف إلى تلك الدساتير المكتوبة التى تأخذ شكل وثيقة دستورية معينة.

وطرق وضع الدساتير المكتوبة تختلف باختلاف الظروف التى تحيط بوضعها، ولا شك أن أى دستور – سواء فى قواعده أو فى طريقة وضعه– هو نتاج للظروف الموضوعية التى تحيط به سواء تعلقت تلك الظروف الموضوعية بنظام الحكم الذى يوضع الدستور فى ظله أو بمدى التطور الحضارى والسياسى للشعب الذى يوضع له الدستور ، أو بالفلسفة السائدة فى المجتمع نفسه.

وتثور مسألة وضع دستور للدولة ومن ثم اختيار طريقة وضعه عادة فى ظرفين:

أ- نشأة الدولة الجديدة أو استقلالها بعد أن كانت غير مستقلة. وهذا هو ما حدث بالنسبة للكثير من الدول التى استقلت بعد الحرب العالمية الثانية والتى اتجهت عقب استقلالها إلى وضع دستور ينظم إطار حياتها العامة من ناحية ويكسبها وضعاً مقبولاً فى المجتمع الدولى من ناحية أخرى.

ب- قيام ثورة أو انقلاب أو ما إلى ذلك مما يؤدى إلى الإطاحة بالدستور القديم وإحلال دستور آخر محله.

وعلى أى حال وأياً كانت مناسبة وضع الدستور فإن طرق وضع الدساتير ليست مما يجوز معه الحصر والتحديد مقدماً ، كذلك فإن طريقة معينة قد تتبع فى بلد وتتبع ذات الطريقة فى بلد آخر وتأتى النتاج مختلفة لاختلاف ظروف البلدين من الناحية الموضوعية.

كذلك فإن طرق وضع الدساتير ليست نماذج ثابتة أما أن يؤخذ بها كلها أو تترك كلها ويؤخذ بغيرها ، وإنما عملية التطعيم والاستفادة بل والمزج بين أكثر من طريقة هى عملية قائمة نصادفها فى حالات كثيرة من حالات نشأة الدساتير.

وعلى ذلك فإن الذى نحب أن ننبه إليه هو أن طرق وضع الدساتير المكتوبة التى نشير إليها هنا ليست قوالب ثابتة من ناحية وليست مؤدية بالضرورة إلى ذات النتائج من ناحية أخرى مادامت الظروف الموضوعية ليست واحدة ، وليست جامعة لكل الطرق من ناحية ثالثة.

وعلى أى حال فإن الإرادة التى تتولى وضع الدستور ودفعه إلى الحياة تنسب فى الفقه الدستورى إلى ما يقال له السلطة التأسيسية الأصلية Pouvoir constituant orginaire السلطة التى يناط بها أو تنيط بنفسها وضع الدستور دون سواه فى الغالب من الأحيان. والدستور بدوره باعتباره تعبيراً عن إرادة السلطة التأسيسية الأصلية ينشئ ما يقال له السلطات المنشأة Pouvoirs constitues وهى التشريعية والتنفيذية والقضائية عند من يأخذون بتقسيم جهاز الدولة إلى سلطات ثلاثة.

السلطة المنشئة إذن هى التى تصنع الدستور وتضعه بالطريقة التى

تحددها والتى تتفق مع الظروف المحيطة بعملية وضع الدستور.

وباستعراض الطرق المختلفة فى وضع الدساتير المكتوبة نستطيع أن نميز بينها الطرق الآتية :

المنحة والعقد والجمعية التأسيسية والاستفتاء :

وقبل أن نعالج كل طريقة من هذه الطرق على حدة نعيد ما سبق أن ذكرناه من أن :

أ- إيراد هذه الطرق ليس معناه عدم إمكانية وجود طرق أخرى لوضع الدساتير.

ب- ليست كل الدساتير التى توضع بنفس الطريقة تنتهى إلى ذات النتائج والأحكام.

ج- ليس لكل طريقة من هذه الطرق نموذج ثابت لابد وان يتبع عندما تتبع تلك الطريقة وإنما التنوع قام حتى فى إطار الطريقة الواحدة.

د- ليس هناك ما يمنع من أن تستفيد إحدى الطرق من طريقة أخرى بل ليس هناك ما يمنع من مزج طريقتين أو الجمع بينهما.

وعلى ضوء هذه المقدمات وفى نطاقها نعالج الطرق المشار إليها من قبل لوضع الدساتير :

أولاً : المنحة : «Octroi»

يفترض صدور الدستور فى شكل منحة وجود دولة من الدول على رأسها ملك أو حاكم مطلق أياً كانت صورته ، وهذا الحاكم المطلق «يريد» أن يقيد سلطاته وأن «يمنح» شعبه دستوراً ينظم السلطات العامة وحقوق الأفراد ، وبذلك تنتقل من مجرد كونها استئثاراً فى يد فرد إلى أجهزة

متعددة فى الدولة.

والدساتير التى تصدر على هذا النحو يحرص «ما نحوها» على أن يستبقوا لأنفسهم بعض السلطة القديمة وأن ينقلوا بعضها إلى ممثلى الشعب أو إلـــى الأجهـــزة المنبثقة عن الشعب أو إلى الأجهزة المنبثقة عن الشعب بصفة عامة. هذا هو ظاهر الأمر.

ولكـــن الحقيقة أن التاريخ لا يعرف حاكماً مطلقاً تنازل عن سلطته بمحـــض اختـــياره وإرادتـــه ، وإنما الذى حدث فى الماضى ، ويحدث فى الحاضـــر إذا تكـــررت ظروفه وأسبابه أن الحاكم المطلق يحس ويدرك أن الشـــعب من حوله يبدأ لديه شعور بالضجر من صورة الحكم القائمة ، وأن ذلك الشعور بالضجر يولد تيارات ترفض السلطة المطلقة للحاكم ، وأن هذه التيارات تقوى وتشتد يوماً بعد يوم وتؤذن بانفجار قريب. والحاكم المطلق أمـــا أن يـــدرك الحقائق المحيطة به ويعمل على مواجهتها محاولاً تخفيف الضـــغط وموجـــداً ســـبلاً جديدة يعبر بها التيار الشعبى عن إرادته وعندئذ «يمـــنح» شـــعبه دستوراً ، وأما أن يعاكس سنن التطور ويتمسك بصورة الحكـــم المطلق ويشدد الضغط ، وعندئذ لابد من حدوث الغليان الذى يعقبه الانفجار الذى يطيح بالحاكم المطلق وحكمه ونظامه جميعاً.

الدســـتور الذى يصدر فى صورة «منحة» إذن هو منحة من حيث الشـــكل ولكنه عند التحليل الواقعى للأمور هو نوع من إدراك الحاكم بتغير الظروف من حوله واستجابة اضطرارية منه لهذا التغير الحادث.

وإذا استعرضنا غالبية الدساتير التى صدرت فى صورة منحة فإننا ســـنجد أما أنها لا تحمل من معنى الدستور غير الاسم ، ولا تغير الأوضاع الســـابقة تغييراً حقيقياً ، وإنما تبقى عليها ولكن فى ثوب آخر ، واما أنها

تـنقل الجزء الغالب من السلطة إلى ممثلين للشعب أو لقطاعات منه. وهى فـى هـذه الحالـة لابـد وأن تكون استجابة لتطور حقيقى ولضغط شعبى ولظروف موضوعية ما كان الحاكم يستطيع أن يواجهها إلا على ذلك النحو.

ومـن الدسـاتير الـتى صدرت فى صورة منحة الدستور الفرنسى الصادر فى ٤ يونيو ١٨١٤ ، والدستور الإيطالى الصادر فى سنة ١٩٤٨ ، والدسـتور اليابانى الصادر فى فبراير ١٨٨٩ ، والدستور الصادر فى سنة ١٩٠٦ ، والدسـتور المصـرى الصـادر فى ١٩٢٣ ، والدستور الأثيوبى الصـادر فى سنة ١٩٣١. وإذا أخذنا أياً من هذه الدساتير التى يقال أنها صدرت فى شكل «منحة» فإننا عند التحليل لن نجد فيها من معنى «المنحة» شيئاً.

فبالنسبة للدستور الفرنسى الصادر عام ١٨١٤ لم يكن متصورا ولا معقولاً أن فرنسا بعد ثورتها وبعد عديد من الدساتير التى أعقبت الثورة أن تعود ثانية إلى الحكم المطلق رغم عودة الملكية إليها والذى حدث أن لويس الثامـن عشـر عندما أعيد من منفاه فى أوربا وجد الدستور معداً من قبل الحكومـة المؤقتة التى كانت موجودة آنذاك – بعد هزيمة نابليون ونفيه – ووقعـه الملك ، ولا يغير من تلك الحقيقة أن استهلال الدستور أو مقدمته جاء فيه على لسان لويس الثامن عشر «أننا بمقتضى إرادتنا الملكية الحرة نمنح شعبنا الدستور الآتى نصه» :

ذلك أن لويس الثامن عشر لم يعد إلى عرش فرنسا إلا وهو مفهوم لديـه ولدى الرأى العام كله انه سيوقع الدستور الذى كان معداً بالفعل كما سبق القول [١].

---

(١) بريلو : المرجع السابق ص ٣٦٣-٣٦٤.

والدستور الروسى الصادر عام ١٩٠٦ صدر فى أعقاب ثورة أعقبت هزيمة روسيا أمام اليابان عام ١٩٠٥ وأراد القياصرة أن يخففوا من حدة التوتر التى كانت تعتمل فى النفوس «فمنحوا» الشعب دستور ١٩٠٦ الذى لم يكن فى حقيقته إلا ثوباً يخفى تحته تسلط القياصرة واستمرار انفرادهم بالسلطة ، ومع ذلك فإن ذلك الدستور لم يحل دون انفجار ثورة عارمة عام ١٩١٧ تطيح بالحكم القيصرى وبالنظام الاجتماعى من جذوره.

والدستور المصرى الصادر عام ١٩٢٣ والذى جاء فى شكل منحة من الملك فؤاد لم يكن فى حقيقته إلا استجابة للضغط الشعبى الذى تمثل فى ثورة ١٩١٩ - التى كانت استمراراً للحركة الوطنية منذ بدء القرن - تطالب إلى جوار الاستقلال بالحكم الدستورى.

وهكذا فإننا نستطيع أن نقول أن شكل «المنحة» لا يعنى مضمون المنحة ، وأن الدساتير التى تصدر بهذه الطريقة تكون فى الأغلب الأعم محاولة من الحكام لاسترضاء الشعوب وامتصاص الحركات التى تهدد بقاءهم نفسه.

ويثير فقهاء القانون الدستورى عادة سؤالا معيناً حول الدساتير التى تصدر بهذه الطريقة ، طريقة المنحة ، إذ يقال هل يجوز للحاكم الذى «منح» شبه دستوراً أن يعود ويسترد ذلك الدستور ؟

ويرى قلة من الفقهاء الذين يعتدون بالشكل دون المضمون أن الدستور وقد صدر فى صورة منحة من الحاكم يجوز للحاكم استرداده وسحبه.

ولكن الغالبية من الفقهاء ترى أن الدستور بمجرد صدوره يتعلق

حق الشعب به بحسبانه عودة إلى الأصل المقرر وهو سيادة الشعوب ، وان الحق إذ يعود إلى صاحبه الأصلى لا يمكن أن يسحب منه بعد ذلك أو يسترد.

والحقيقة أننا نميل إلى تحليل الموضوع على نحو آخر.

فإذا أردنا أن نعتد بالشكل فإن الدستور الصادر على صورة «منحة» يمكن أن يقاس على التصرف القانونى الصادر من جانب واحد. وعلى ذلك فإنه يلزم أن نحلل ذلك التصرف.

إذا كان الدستور الذى صدر فى صورة منحة يجيز هو نفسه بنص فيه لمن أصدره حق سحبه واسترداده فإن حق الذى أصدر الدستور فى سحبه سيعتمد عندئذ على نص فى الدستور.

أما إذا كان الدستور قد رسم طريقاً معيناً لكيفية تعديله تعديلاً جزئياً فإن ذلك الطريق يصبح ملزماً ولا يجوز لمانح الدستور أن يعدله عن غير ذلك الطريق. والذى لا يملك الجزء – التعديل الجزئى – لا يملك الكل بطبيعة الحال ومن باب أولى ، ومن ثم فإن مانح الدستور لا يستطيع إلغاءه أو سحبه باعتبار أن ذلك يكون بمثابة التعديل الكلى.

يقول الأستاذ الدكتور السنهورى «... القول بأنه إذا صح للإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً صح لها أيضاً أن تقضيه فهذا خلط بين أثر الإرادة فى العالم النفسى وأثرها فى الروابط الاجتماعية فإن الإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها ، فوجب احترام هذه الحالة التى أوجدتها الإرادة ولا يجوز عندئذ العدول إذا ترتب عليه الإخلال بهذه الثقة المشرعة» (١) وإذا كان هذا

---

(١) د. عبدالرازق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى – مصادر الالتزام جـ٢ – الطبعة الثانية – القاهرة ١٩٦٤ ص ١٤٤٩.

صـــحيحاً فى فقه القانون الخاص فهو فى علاقات القانون العام الزم ، وفى العلاقات الدستورية أشد لزوما. هذا من ناحية التحليل القانونى.

ومن ناحية أخرى فإذا كنا قد رأينا أن معنى «المنحة» غير متحقق فعـــلاً فـــى هذه الحالات وان تحقق شكلاً ، فإن القوى التى ضغط وأدت إلى إصـــدار الدســـتور هـــى بذاتهـــا التى تحمى الدستور أن كانت راضية عنه ومقتنعة ومتمسكة به.

ومما يؤكد أن معنى «المنحة» الموضوعى لم يكن وارداً عند إصدار الدستور فإن الحاكم المطلق إذا أحس أن الفرصة مواتية لتعطيل الدستور أو ســـحبه فإنـــه لا يتردد عن أن يفعل ذلك لا لأن له حقاً فيه ، ولكن لأنه منذ الأصـــل لـــم يكن يعطى عن رضا ولكن عن إكراه وقد حدث فى ظل دستور ١٩٢٣ فى مصر أن الملك فؤاد عطل ذلك الدستور وأن دستوراً آخر أصدر فى عام ١٩٣٠ ولكن الضغط الشعبى آنذاك استطاع أن يعيد دستور ١٩٢٣ علـــى غير إرادة الملك وعلى غير إرادة أحزاب الأقلية التى ساعدت الملك فى إلغاء دستور ١٩٢٣ وإحلال دستور ١٩٣٠ محله.

والخلاصـــة أن الـــرأى العام الناضج هو الحماية الحقيقية للدستور سواء صدر فى صورة المنحة أو فى صورة أخرى وسواء كان الأمر متعلقاً بتعطيل حكم فى أحكام الدستور أو بتعطيل أحكامه جميعاً.

ثانياً : **التعاقد** «Pacte»

هذه هى الطريقة الثانية من طرق وضع الدساتير . طريقة التعاقد.

وتفـــترض هـــذه الطريقة أن السلطة التأسيسية تعبر عنها ارادتان : إرادة الحاكم من ناحية وإرادة الشعب من ناحية أخرى.

وهـــنا فى هذه الطريقة لا تنفرد إرادة الحاكم بوضع الدستور على

النحو الذى رأيناه فى الطريقة السابقة ، كذلك فإن إرادة الشعب لا تنفرد هى الأخـرى بوضعه على النحو الذى سنراه فى الصورة اللاحقة ، ولكنّ تلتقى إرادتـــان : إرادة الحاكم وإرادة الشعب ومن ثم يقال أن الدستور جاء نتيجة تعاقد بينهما.

والـــذى يحـــدث عـــادة فى هذه الصورة أن ممثلى الشعب يضعون مشروع الدستور ثم يعرضونه على الحاكم الذى يوافق عليه ويوقعه وعندئذ تلتقى الإرادتان ويتم وضع الدستور.

وفى الغالب من الأمر فإن الحكام لا يعدلون شيئاً فى المشروع الذى يضعه ممثلوا الشعب وإنما يوافقون عليه.

ويـــرى اندريه هوريو أن هذه الصورة هى أقرب الصور إلى العقد الاجتماعى الذى يبرم بين الحاكم والمحكومين (١).

ولا شـــك أن العقـــد الاجتماعى الذى يقصد إليه هوريو هنا هو ذلك الذى تخيله «لوك» إذ انه هو الذى جعل الحاكم طرفاً فى العقد ، وعلى حين أن روســـو لـــم ير ثمة من حاكم أصلاً ولم ير العقد إلا بين أفراد الجماعة أنفسهم.

والـــتاريخ الدستورى الفرنسى – الذى يوشك أن يقدم لنا كك صور وضـــع الدســـاتير ونشـــأتها – يقدم لنا صورة التعاقد هذه بالنسبة لدستور ١٨٣٠ . والذى يسمى عادة **La charte de 1830** وقد جاء هذا الدستور على أثر ثورة يوليو ضد شارل العاشر وتنازله عن العرش.

وقد وضعت الجمعية الوطنية – التى كان الملك المخلوع قد حلها –

---

(١) اندريه هوريو : القانون الدستورى والنظم السياسية بارى ١٩٦٨ ، ص٢٨١.

مشـــروع الدســـتور باعتبارها ممثلة للأمة ، وحدثت مفاوضات بينها وبين لويـــس فيليب (دوق أورليان آنذاك) الذى قبل مشروع الدستور كما وضعته الجمعية وقبل أن يعتلى العرش على أساسه.

ولقد ظهرت الصيغة التعاقدية حتى فى مراسيم التتويج ، فلما حضر دوق أورلـــيان يوم ١٤ أغسطس ١٨٣٠ إلى قاعة الاجتماع لم يأخذ مكانه علـــى العرش مباشرة وإنما جلس على مقعد بجواره. ثم تلى عليه الدستور الجديـــد فوافق عليه واقسم اليمين على احترامه ثم اعتلى العرش بعد ذلك ملكـــاً علـــى فرنسا [١]، ومن أمثلة الدساتير التى وضعت عن طريق التعاقد الدستور العراقى – والذى كان يسمى القانون الأساسى – فى عام ١٩٢٥ ، إذ وضعه مجلس تأسيسى منتخب ونص فى المادة ١٢٥ منه على أن ينفذ من تاريخ اقترانه بتصديق الملك. ولا شك أن صورة التعاقد تمثل نوعاً من الـــتطور بالنسبة لصورة المنحة ، ذلك أن الصورة الجديدة لا تظهر الحاكم فى صورة المتفضل والشعب فى صورة المتفضل عليه ، إنما هى تظهرهما مشتركين فى السلطة التأسيسية التى تضع الدستور.

والحقـــيقة كمـــا يذهب أغلب الفقهاء أن الدساتير التى توضع بهذه الطـــريقة تكـــون فى الغالب نتاجا خالصا لممثلى الشعب ويكون دور الحاكم فيها لا يعدو إلا قرار الموافقة.

ولا شـــبهة فـــى أن الحاكم هنا لا يستطيع أن يسحب الدستور لأنه ليس وليد إرادته وحدها حتى من الناحية الشكلية.

كذلـــك فـــإن تعديل بعض النصوص فى الدساتير التى توضع بهذه الطـــريقة يقتضى عادة موافقة ممثلى الشعب من ناحية والحاكم من ناحية

---

(١) د. عثمان خليل : المبادئ الدستورية العامة القاهرة ١٩٥٦ ،، ص١٩.

أخرى وفقاً للإجراءات المنصوص عليها فى الدستور نفسه.

والدستور الكويتى من أمثلة الدساتير التى وضعت عن طريق التقاء الإرادتين : الشعب من ناحية والحاكم من ناحية أخرى.

ثالثاً : الجمعية التأسيسية :

عندما يوضع الدستور عن طريق جمعية تأسيسية فإن ذلك يعنى أن ممـثلى الشعب المختارين اختياراً مباشراً لغرض وضع الدستور هم الذين قـاموا بوضـعه فعـلاً ، وانه بمجرد إقرارهم الدستور فى صيغته النهائية يصبح الدستور بذاته نافذاً دون أن يتوقف ذلك على إقرار من أحد.

وهـذه الطـريقة تقـوم على أن السيادة للأمة ، وأن الشعب وحده صـاحب السلطة التأسيسية التى تستطيع وضع الدستور ، ولكن نظراً لأن الشـعب بكـل أفـراده لا يستطيع مباشرة هذه العملية فهو يلجأ إلى طريق الإنابة فيختار ممثلين عنه ليقوموا عنه بوضع الدستور.

ويذهـب جانب كبير من الفقه إلى أن الجمعية التأسيسية التى تقوم بوضـع الدستور يتعين أن تكون منتخبة انتخاباً مباشراً للقيام بهذا الغرض بـالذات ، بمعنى انه لا يجوز فعلاً لمجلس نيابى عادى أن يحيل نفسه إلى جمعية تأسيسية ثم يتولى وضع دستور البلاد.

كذلـك فـإن الجمعية التأسيسية تنحصر مهمتها فى وضع الدستور وتنـتهى تلك المهمة بانتهاء وضع الدستور وإقراره وإصداره ، وعلى ذلك فإن الجمعية التأسيسية لا تستطيع – فى الغالب من الأحوال – بعد أن تضع الدستور أن تعطى لنفسها حق التشريع العادى. كذلك ومن ناحية أخرى فإن البعض يرى أن الجمعية التأسيسية إذ تنوب عن الشعب فى وضع الدستور فإنهـا لا تستطيع أن تخرج عند تحرير الدستور على مبدأ السيادة الشعبية

ومقتضياته [١].

وهذه الطريقة فى وضع الدستور تتفق من غير شك مع الديمقراطية ومع حق الشعوب فى رسم حياتها بكامل حريتها. ولذلك فإننا نجد هذه الطريقة أكثر انتشاراً فى أعقاب الحرب العالمية الثانية حيث تأكد حق الشعوب فى تحديد مصائرها.

وإذا جاز أن نشبه طريقة التعاقد بالعقد الاجتماعى عند لوك ، فإن طريقة وضع الدستور عن طريق الجمعية التأسيسية تعد تطبيقاً ليس ببعيد لفكرة العقد الاجتماعى عند روسو ، وان كان هناك بعض الاختلاف بطبيعة الحال.

وقد وضعت دساتير كثير من دول أمريكا الشمالية بعد استقلالها عن بريطانيا وقبل إنشاء الاتحاد بطريقة الجمعية التأسيسية والتى كانت تسمى فى أمريكى «convention» .

ويرى البعض أن الدستور الاتحادى نفسه وضع بهذه الطريقة. والحقيقة أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية الاتحادى الذى وضع فى مؤتمر فيلادلفيا عام ١٧٨٧ لم يكن يقصد المجتمعون أساساً إلى وضعه ، ولم يكن وارداً عند بدء اجتماعهم ولا عند دعوتهم للاجتماع انهم سيضعون دستوراً للاتحاد الجديد : ولم يكونوا بالتالى مفوضين فى وضع ذلك الدستور الذى يعد أقدم دستور مكتوب ومعمول به حتى الآن ولعل هذا هو ما دعا البعض إلى أن يقول أن الدستور الأمريكى وضع بطريقة غير دستورية [٢].

---

(١) M Hauriou: precies de Droit Constitutionnel. Paris. 1929. 2ème ed. P. 250 - 251.

(٢) Ogg & Ray: Introduction to Am.erican Government. 10th ed. N.Y.

وهــذا هو ما يدعونا إلى الاعتقاد بأن تلك الاشتراطات الكثيرة التى يضــعها الفقــه والتى تحدث عنها العميد هوريو طويلاً – هذه الاشتراطات ليســت ملــزمة فــى كــل حالة وليس هناك من يدعى انه صاحب حق فى فرضها.

لكــن شــيئاً أساســياً يبقى قائماً وضرورياً هو أن هذه الطريقة لا تــتحقق إلا بوجود ممثلين للشعب مختارين منه وهؤلاء هم الذين يقومون بوضــع الدستور. ويصبح الدستور نافذاً بمجرد إقرارهم له دون توقف ذلك على إرادة أخرى.

هنا نكون بصدد وضع الدستور عن طريق جمعية تأسيسية.

وبغــير ذلــك لا نكون . فمثلاً لا يجوز أن يضع الدستور عدد من الأشــخاص المعينين تعييناً من قبل أى سلطة حتى وإن ادعت تلك السلطة أنهــا تمــثل الشعب. عندئذ نكون فى مواجهة لجنة فنية – أو غير فنية – معيــنة هى التى وضعت الدستور ولن نكون بصدد جمعية تأسيسية. كذلك فإنه إذا كان نفاذ الدستور معلقاً على إقرار أحد بعد وضعه من قبل الجمعية فإن ذلك يبعدنا أيضاً عن طريق الجمعية التأسيسية وقد يعيدنا إلى الصورة الســابقة – صــورة التعاقد – إذا كان نفاذ الدستور معلقاً على إقراره فى استفتاء عام.

وهنا ننتقل إلى الصورة الرابعة.

رابعاً : الاستفتاء الدستورى :

فــى هذه الطريقة يكون الرأى فى الدستور للشعب نفسه مباشرة لا لممثليــن عــنه ، وهذا يعنى أن صاحب السيادة لم يستعمل حقه فى الإنابة وأراد أن يمارس سيادته بنفسه.

وبطبيعة الحال فإن هذه الطريقة تفترض أن الدستور يعد بصفته مشروعاً ثم يطرح على الشعب فى الاستفتاء ليدلى برأيه فيه.

ولكن من الذى يعد ذلك المشروع الذى يطرح على الشعب ؟

قد تعده لجنة فنية معينة وبعد أن تنتهى من إعداده تقدمه للجهة التى كلفتها بذلك الإعداد ، وتكون تلك الجهة فى العادة هى الحكومة القائمة، وتتولى الحكومة عرض المشروع على الشعب فى الاستفتاء العام ليقول رأيه فيه.

والفقه الدستورى الفرنسى لا يرحب كثيراً بهذه الطريقة (١) نظراً لأنها ارتبطت فى التاريخ الدستورى الفرنسى بنابليون بونابرت ورغبته فى التسلط سواء بالنسبة لدستور ١٧٩٩ أو بالنسبة للاستفتاء بشأن اختياره قنصلاً مدى الحياة – ١٨٠٢ – أو الاستفتاء بجعل الأمبراطورية وراثية فى سلالته عام ١٨٠٤.

ومع ذلك فإن أحدث دستور لفرنسا «دستور ١٩٥٨» المعمول به الآن – وضع بطريقة الاستفتاء ، إلا أن الاستفتاء سبقته خطوات معينة ، فقد صدر أولاً قانون دستورى فى ٣ يونيو ١٩٥٨ يحدد المبادئ الأساسية الخمسة للدستور على ضوء هذه المبادئ الأساسية ، ثم تطرحه بعد ذلك على الشعب فى استفتاء عام. وقد وافق الشعب فعلاً على الدستور بتاريخ ٢٨ سبتمبر ١٩٥٨.

وقد جاء دستور ١٩٥٨ بعد أحداث الجزائر ومحاولة قوات الجيش هناك الاستيلاء على السلطة ثم تولى الجنرال ديجول الحكم ورغبته فى تقوية سلطاته لكى ينقذ فرنسا من الانهيار الذى كان يتهددها.

---

(١) انظر لافاربير : المرجع السابق ص ٢٨٠-٢٨١.

ومنذ دستور يناير ١٩٥٦ وحتى دستور ١٩٧١ فقد جرى الأمر فى مصر على أن يكون إقرار الدستور عن طريق استفتاء شعبى عام.

وهـناك جانب من الفقه الدستورى فى مصر يرى أن الاستفتاءات الدسـتورية ليست فى جملتها إلا نوعاً من الإجراء الشكلى قصد به إضفاء صـفة ديمقراطـية على حقيقة لا صلة لها بالديمقراطية. ذلك أن مشاريع الدسـاتير المشـار إليها - منذ دستور ١٩٥٦ وحتى دستور ١٩٧١ - قد وضـعتها لجان معينة ثم عرضت على الشعب لفترة وجيزة ودون أن تأخذ حقهـا مـن المناقشـة ودون أن تكون هناك أراء متعددة ومن ثم فإن هذه الطريقة - طريقة الاستفتاء على هذا النحو تخرج عن أن تكون من الصور الديمقراطية لوضع الدساتير.

والحقـيقة أن كـل ما يمكن أن يوجه إلى طريقة الاستفتاء من نقد يمكن تلافيه بالأمرين الآتيين.

أ- أن تضـع مشروع الدستور جمعية مختارة من قبل الشعب على أى نحو ، ولها بطبيعة الحال أن تستعين بمن تشاء من الفنيين.

ب- أن يعـرض مشروع الدستور للمناقشة العامة الحرة فترة قبل أخذ الرأى عليه فى الاستفتاء العام.

وتوافر هذين الأمرين يؤدى إلى القول بأن هذه الطريقة تصبح أكثر الطرق تحقيقاً لإدارة الشعب وأقربها إلى فكرة الديمقراطية المباشرة وأدقها تعبيراً عن اتجاهات الرأى العام.

هـذه هى أهم الصور المعروفة التى يقدمها لنا التاريخ الدستورى لطرق وضع الدساتير[1]، وهى كما قدمت ليست الصور الوحيدة وإنما يمكن

---

(١) راجع فى موضوع طرق وضع الدساتير. (=)

أن يوجد غيرها ، كذلك فإن كلا منها ليست نموذجاً واحداً ثابتاً دائماً ، وإنما لكل بلد – أو على كل بلد – أن يختار أكثر الصور ملاءمة لظروفه الموضوعية ولتاريخه السياسى وحياته الدستورية أن كان له حياة دستورية سابقة على وضع الدستور الذى يريد أن يضعه.

وإذا كانت هذه هى طرق وضع الدساتير.

فهل الدساتير بعد أن توضع تكون نوعاً واحداً ؟

أم هل الدساتير أنواع ؟

(=) – د. عبدالحميد متولى : المفصل فى القانون الدستورى جـ١ – ١٩٥٢ ، ص٨٢ وما بعدها.

- د. عثمان خليل : المبادئ الدستورية العامة ١٩٥٦ ص ١٨ وما بعدها.
- د. سيد صبرى : مبادئ القانون الدستورى ١٩٤٩ ص ٢٢٠.
- د. محمد كامل ليلة : القانون الدستورى ١٩٦٣ ص ٦٣ ، وما بعدها.
- د. سعد عصفور : المرجع السابق ص ٢٨١ وما بعدها.
- اندريه هوريو : المرجع السابق ص ٢٨١ وما بعدها.
- لافاريير : القانون الدستورى – مشار إليه من قبل – ص ٢٧٥ وما بعدها.
- بريلو : القانون الدستورى والنظم السياسية ، ص ٢٠١ وما بعدها. (مشار إليه من قبل).

والمراجع الأخرى العديدة فى القانون الدستورى التى تتعرض جميعها لهذا الموضوع على نحو متقارب.

الباب الرابع

أنواع الدساتير

يمكـــن تقســـيم الدســـاتير من حيث المصدر المثبت لقواعدها إلى دساتير مكتوبة ودساتير عرفية.

كذلك يمكن تقسيم الدساتير من حيث كيفية تعديلها إلى دساتير مرنة وأخرى جامدة. وسنعالج كلا من هذين التقسيمين فى فصل خاص.

الفصل الأول

الدساتير المكتوبة والدساتير العرفية

الحقـــيقة أن هـــذا التقسيم نسبى وليس مطلقاً ، ذلك أن كل دستور مكـــتوب توجـــد إلى جواره بعض الأعراف الدستورية ، كذلك ومن ناحية أخرى فإن المثال التقليدى للدستور العرفى وهو الدستور البريطانى تكاثرت إلى جواره القواعد الدستورية المدونة. وعلى ذلك فإن تقسيم الدساتير إلى مكتوبة وعرفية هو تقسيم نسبى كما قدمت أو هو تقسيم يأخذ الأمر الغالب فى الاعتبار ولا ينفى أن ذلك الغالب يوجد ما يخرج عليه أحياناً.

والـــراجح أن القاعدة القانونية بدأت عرفية ، وأن القواعد المتصلة بتنظيم السلطات العامة أى القواعد الدستورية كانت هى الأخرى فى البداية عرفـــية ، ولكن شيوع الكتابة من ناحية وتعقد الحياة من ناحية أخرى جعل القواعـــد العرفـــية تتراجع أمام القواعد المكتوبة ، حتى أن الغلبة الآن بل ومنذ القرن الثامن عشر بدأت تكون لصالح القواعد المدونة.

بل أن المدن الإغريقية قبل الميلاد عرفت الدساتير المكتوبة ، وقد جمع أرسطو مائتين وخمسين دستوراً لمائتين وخمسين مدينة لإجراء مقارنة بينها ، وهذه المجموعة – للأسف – لم تصل إلى أيدينا وإنما وصلت إلينا بعض الإشارات إليها فى كتابات أرسطو الأخرى.

على أى حال فقد كان الغالب على القواعد القانونية فى الماضى صورة القواعد العرفية ، وأن كان هناك حرص حتى فى ذلك الماضى البعيد على تدوين القواعد القانونية ذات الأهمية الخاصة.

ولم يبق فى الوقت الحاضر ما يمكن أن يقال له دستور عرفى غير الدستور البريطانى.

والحقيقة أن تسمية الدستور البريطانى بالدستور العرفى لا تخلوا من عدم الدقة ، إلا إذا أريد بعبارة الدستور العرفى أن يقصد إلى أن الدستور لا تضمه وثيقة دستورية واحدة ، أو أن قواعد الدستور لا تأخذ شكلاً خاصاً عند إصدارها.

حقاً هناك كثير من القواعد الدستورية فى بريطانياً مصدرها العرف. ولكن هذه القواعد الدستورية العرفية يمكن الاستدلال عليها بغير خلاف نتيجة تواتر السوابق من ناحية والمجموعات البرلمانية التى ترجع إلى قرون بعيدة من ناحية أخرى.

وإلى جوار هذه القواعد العرفية – التى أصبحت فى الواقع قواعد مدونة على نحو غير رسمى – تكاثرت القواعد الدستورية المكتوبة والصادرة فى وثائق لها أهميتها فى التاريخ الدستورى البريطانى.

وليس أول هذه الوثائق كما يذهب كثير من الدارسين هو العهد الأعظم Magna Carta عام ١٢١٥ ولكن يسبق هذه الوثيقة ما يسمى

«دســاتير كلارتــدون» [١] The Constitutions of Clarendon التى يــرجع تاريخها إلى عام ١١٦٤ فى بداية عهد الملوك النورمانديين وذلك عــندما حــدث نــزاع بين هنرى الثانى والأسقف بيكيت حول الاختصاص القضائى وعرض الأمر عام ١١٦٤ على ما كان يطلق عليه المجلس العظيم The Creat Council وأصدر ذلك المجلس ما يسمى دساتير كلارندون التى يبدأ بها التطور الدستورى فى بريطانيا. ثم يأتى بعد ذلك العهد الأعظم عام ١٢١٥ Magna Carta ثم ملتمس الحقوق عام ١٦٢٦ Petition of Rights ثــم يأتى بعد ذلك ما يمكن أن يسمى صلب الدستور البريطانى أو بالأدق صلب الجزء المكتوب من الدستور البريطانى وهو قانون الحقوق عام ١٦٨٩ Bill of Rights .

وفــى بداية القرن الثامن عشر نصادف وثيقتين هامتين أولهما عام ١٧٠١ وفــيها إلــى جــوار وراثة العرش تحديد لسلطات الملك وتوسيع للحقوق وللحريات الفردية ، وثانيهما عام ١٧٠٧ وهى الخاصة بالاتحاد مع سكوتلندا.

وفــى عــام ١٨٣٢ نجــد قانون الإصلاح البرلمانى الذى جاء فى أعقــاب الثورة الصناعية وما أحدثته من آثار فى كيان المجتمع البريطانى الصناعى.

ثــم قانون «The law of Parliament» عام ١٩١١ الذى جاء علــى أثــر أزمــة دستورية أدى إليها موقف اللوردات من نظر الميزانية وانتهــت الأزمة بذلك القانون الذى هبط بالقيمة الحقيقية لمجلس اللوردات وباختصاصاته هبوطاً كبيراً.

---

(١) Russell F. Moorc : Modern Constitutions, 1957, p. 30.

وفـــى عـــام ١٩٣١ صـــدر قـــانون وستمنســـتر Statute of Westminister الـــذى يـــنظم العلاقـــة بين القوانين الصادرة فى الدول الأعضاء فى الكومنولث وقوانين المملكة المتحدة نفسها.

وفى عام ١٩٣٧ صدر قانون الوصاية على العرش.

وفى عام ١٩٤٧ صدر قانون بتعديل اختصاصات مجلس اللوردات مرة ثانية.

والـــذى نهدف إليه من الإشارة إلى كل هذه الوثائق هو أن نبين أن مـــا يقال من أن الدستور البريطانى هو دستور عرفى لا يخلو من كثير من المـــبالغة ، ذلـــك أن غالبـــية قواعد الدستور البريطانى نجدها فى الوثائق العديدة المشار إليها من ناحية ، ونجدها فى مجموعات شبه رسمية مدون فهـــيا السـوابق الدستورية المعتمدة على العرف تدوينا يجعلها فى درجة الوضوح والتحديد التى توجد عليها القواعد المكتوبة من ناحية أخرى.

ولكـــن الدســـتور البريطانى يختلف عن غيره من الدساتير فى أن غالبـــية قواعده ليست مدونة فى وثيقة دستورية واحدة من ناحية ، ومن ناحـــية أخرى فإن القواعد الدستورية البريطانية المدونة صدرت فى شكل قوانيـــن عادية ، فهى قوانين دستورية من حيث مضمونها ولكنها قوانين عادية من حيث شكلها.

هذا وقد لاقى هذا الرأى الذى نقول به من أن الدستور البريطانى لم يعـــد دستوراً عرفياً انتقاداً وتعليقاً مشكوراً من بعض الزملاء نخص بالذكر منهم الزميلين الدكتور رمزى الشاعر والدكتور محمد حسنين عبدالعال.

ويذهـــب الدكـــتور رمـــزى الشاعر ويؤيده فى ذلك الدكتور محمد حســـنين عـــبد العال إلى انه لا يغير من طبيعة القواعد الدستورية العرفية

مجـرد تدوينها فى مجموعات شبه رسمية... طالما أن هذه المجموعات لا تصدر عن السلطة المختصة بالتشريع فى الدولة. وعلى ذلك فالقول بأن فى إنجلـترا مجموعـات شبه رسمية تدون فيها السوابق الدستورية المعتمدة علـى العـرف تدويناً يجعلها فى درجة الوضوح والتحديد التى توجد عليها القواعد المكتوبة لا يغير من طبيعة هذه القواعد العرفية ليحيلها إلى قواعد مكـتوبة فهناك فارق كبير بين تدوين القواعد العرفية وبين تقنين القواعد القانونية. كما أن القول بوجود القواعد الدستورية المكتوبة والصادرة فى وثائق لهـا أهميـتها فى التاريخ الدستورى البريطانى لا يغير من طبيعة هذا الدستور طالما أن القواعد العرفية لها الغلبة بين القواعد الدستورية للمكلة المتحدة [١].

والحقيقة أن هذا الاجتهاد من الزميلين الفاضلين هو اجتهاد مشكور ولـه وجاهته. ولكن الأمر قد يختلف إذا ما حددنا معنى العرف وهل يبقى العـرف عـرفاً إذا دون وجـرى عليه العمل سنوات طوالاً واكتسى صفة رسـمية. كذلك هل يختلف الأمر إذا كان الدستور مرناً كالدستور البريطانى حيث تشكل القوانين العادية جزءاً كبيراً من تكوينه.

ومع هذا كله فالاختلاف وارد وهو كما قيل لا يفسد للود قضية.

وإذا كان هذا هو الحال مع الدستور البريطانى الذى يقال عنه عادة انـه دسـتور عرفى فإن غيره من الدساتير فى العالم المعاصر هى دساتير مكتوبة بمعنى أن الغالبية العظمى من قواعدها توجد فى وثيقة مكتوبة هى التى يطلق عليها عادة اسم «دستور الدولة» [٢].

---

(١) راجـع : د. محمـد حسنين عبدالعال : القانون الدستورى ١٩٩٢ ، ص٣٦ ، ٣٧ وهامش رقم (١) والذى أشار فيه إلى د. رمزى الشاعر.

(٢) المرجع السابق ص٢٣-٣٦ ، ص٢٦.

وأول دستور من هذا النوع يقدمه لنا التاريخ الدستورى لبريطانيا – بلد الدستور العرفى – وكان ذلك فى أعقاب ثورة كرمويل حيث صدر أول وآخر دستور بريطانى فى وثيقة واحدة وهو المعروف باسم دستور كرومويل سنة ١٦٥٣. وقد كان ذلك الدستور ينص على بطلان أحكام كل قانون يخالفه ، ولكن ذلك الدستور كان من أقصر الدساتير عمراً.

وبعد ذلك شاهدت دول أمريكا الشمالية عقب استقلالها عن بريطانيا بدايات الدساتير المكتوبة فى العصور الحديثة ، ثم جاء بعد ذلك دستور الولايات المتحدة الأمريكية – ١٧٨٧ – الذى يعد أقدم دستور لدولة معمول به حتى الآن.

ولما قامت الثورة الفرنسية توالت منذ سنة ١٧٩١ الدساتير الفرنسية المكتوبة والتى آخرها دستور ١٩٥٨.

* * *

وكما قدمنا فليس فى العالم اليوم دستور عرفى ، بمعنى انه لا يوجد فى العالم اليوم دستور تعتبر قواعده الأساسية مصدرها العرف ، ولكن الأصل القائم اليوم هو أنه توجد وثائق دستورية مكتوبة ، حقاً قد لا تكون كل القواعد الدستورية – متضمنة فى تلك الوثيقة بل قد يكون بعضها فى قوانين عادية مثل قواعد توارث العرش التى قد توجد فى بعض البلاد الملكية فى قوانين عادية ، أو مثل قواعد الانتخابات التى تنظم فى بلاد كثيرة بمقتضى قوانين عادية أيضاً .

المهم أن القواعد الدستورية توجد أساساً فى الوثيقة الدستورية التى تسمى دستور الدولة ، كذلك فإن بعض القواعد الدستورية قد توجد فى قوانين عادية ، وهذه وتلك نصوص مدونة ومكتوبة فى وثائق رسمية

- دستوراً كانت أو قانوناً عادياً - وإلى جوار هذه وتلك قد توجد فى بلاد الدساتير المكتوبة قواعد دستورية عرفية.

إذ ليس هناك بلد يستطيع دستورها أن يحوى كل القواعد الدستورية الموضوعية مهما كانت دقة الصياغة ومهما كان الدستور حديثاً، ولكن نصيب العرف فى هذه الحالات على كل حال يكون نصيباً محدوداً.

كذلك ومن ناحية أخرى فإن المملكة المتحدة - بلد الدستور العرفى- يوجد فيها إلى جوار القواعد العرفية كثير من القواعد الدستورية المدونة فى وثائق رسمية.

ولا شبهة فى أن القواعد الدستورية المكتوبة أكثر اتفاقاً مع روح العصر الحديث واكثر وضوحاً وتحديداً خاصة وأنها تتصل بأمور أساسية بالنسبة لكيان وحريات المواطنين وعلاقاتهم بالسلطات العامة.

وهذا كله قد يجعلنا نذهب إلى انه لم يعد هناك فى العالم اليوم ما يمكن أن يسمى دساتير عرفية وأن الأصل السائد اليوم هو الدساتير المكتوبة. وإن لم يمنع ذلك من وجود بعض القواعد العرفية التى قد تزداد أحياناً وقد تقل أحياناً أخرى ولكنها تبقى دائماً بمثابة الاستثناء من أصل عام هو القواعد الدستورية المكتوبة [١].

ولعل هذا أيضاً هو ما يدعونا إلى أن نعتقد أن تلك المفاضلة التقليدية بين الدساتير المكتوبة والدساتير العرفية هى مفاضلة أصبحت الآن غير ذات موضوع.

---

(١) Sir Ivor Jenings : The Law and the Constitution. 5th ed. 1959. P. 29-41.

الفصل الثانى

الدساتير المرنة والدساتير الجامدة

المـرونة والجمود صفتان تتعلقان بكيفية تعديل الدستور فالدساتير الـتى تقتضى لتعديلها طريقة تختلف عن طريقة تعديل القوانين العادية هى بالضرورة أشد وأقسى من إجراءات تعديل القوانين تعتبر دساتير جامدة.

والحق أننا لا نستحسن هذين المصطلحين رغم شيوعهما فى الفقه الدسـتورى العـربى كـترجمة لكلمتى Souple مرن ، Rigide جامد . وينصب اعتراضنا بالذات على كلمة «جامد» إذ أن معناها العربى يفهم منه مـا يـناقض الـتطور والحركة ، ذلك على حين أن ما يعبر عنه بالدساتير الجـامدة ليس بالضرورة مناقضاً للتطور والحركة وكل ما يقصد من نعتها بهذا الوصف هو أنها صعبة التعديل ليس غير.

وإن كـنا لا نستحسـن هذين اللفظين لأداء المعنى المقصود منهما فإننا لا ندعى أننا وجدنا بديلاً لهما مما سيضطرنا إلى استعمالهما مع التنبه إلـى أن لفظ «جامد» بصفة خاصة يقصد به معنى اصطلاحى وليس معنى لغوياً. وعلى أى حال فإن المرونة والجمود لا صلة لهما بمضمون الدستور نفسـه ، فلـيس ضرورياً أن يكون الدستور المرن اكثر تقدمية فى قواعده واكـثر لحاقاً بركب التطور من الدستور الجامد ، كذلك فإن وصف الدستور بأنـه جامد لا يعنى وصفه بالتخلف والرجعية ، بل إن دستور ما قد يكون جـامداً ومع ذلك فيتصور أن تكون قواعده الموضوعية أكثر تقدماً وتطوراً من دستور آخر مرن.

ويخلـص ممـا تقـدم أن الدستور المرن هو الدستور الذى تعدل نصوصـه بـذات الطـريقة التى تعدل بها القوانين العادية وبذات الأغلبية

اللازمة لتعديل تلك القوانين.

ولا أهمية هنا للطريقة التى وضع بها الدستور ، إذ ليس شرطاً أن يكــون قد وضع بالطريقة التى توضع بها القوانين العادية لكى يوصف بأنه دســتور مــرن ، ذلك أن المعيار لوصف دستور ما بالمرونة أو غيرها هو طريقة تعديل ذلك الدستور.

فإن كان القانون العادى يعدل بإرادة أغلبية الحاضرين من المجلس التشــريعى فــى الدولة وكان القانون الدستورى يعدل بذات الطريقة وذات الأغلبية فإن الدستور يعتبر مرناً.

وإذا القــانون العــادى يتطلب إجراءا معيناً لتعديله وكان الدستور يتطلــب لتعديله ذات الإجراء بغير زيادة أو نقصان فإن ذلك الدستور يعتبر مرنا.

وفــى ظــل الدستور المرن تكون السلطة التشريعية العادية – التى تملك سن التشريعات العادية وتعديلها – واسعة الاختصاص والسلطان ، إذ أنهــا هــى الــتى تملك تعديل التشريعات الدستورية ، والقانون الدستورى الإنجلــيزى مــن أشهر وأقدم الدساتير المرنة ، والوثائق المدونة من ذلك الدســتور – الــذى يضم عديداً من الوثائق والأعراف – وضعها البرلمان البريطانى كما وضع القوانين العادية ويملك تعديلها كما يملك تعديل القوانين العادية.

وبقانون عادى عام ١٩١١ تعدل اختصاص مجلس اللوردات تعديلاً خطيراً سلبه كل سلطة فيما يتعلق بالميزانية والتشريعات المالية.

ومرونة الدستور البريطانى وإمكانية تعديله بقوانين عادية صادرة عــن الــبرلمان هى التى دعت البعض إلى أن يقول أن البرلمان البريطانى

يستطيع أن يفعل كل شئ فى إنجلترا إلا أن يجعل الرجل امرأة والمرأة رجلاً.

ومن الناحية النظرية المحضة فإنه لا مانع يمنع البرلمان البريطانى من أن يصدر قانوناً دستورياً يتبع فيه ذات الإجراءات التى يتبعها فى إصدار القوانين العادية ليعدل به نظام الحكم فى المملكة المتحدة فيجعلها جمهورية مثلاً أو يلغى مجلس اللوردات أو ما إلى ذلك.

والميزة الكبرى للدساتير المرنة أنها قادرة على ملاحقة التطور وأنها تستطيع أن تنحنى أمام الأزمات – على حد تعبير أحد الفقهاء البريطانيين – بحيث لا تكون هناك ضرورة لكسرها عن طريق الثورة (١).

ولكن هذه الميزة تبدو أوضح ما تكون فى مجتمع مستقر ومتقدم دستورياً ومؤمن بسيادة القانون إيماناً حقيقياً ، ولكن فى المجتمعات التى تكثر فيها تقلبات الرأى العام والتى يتعرض فيها مبدأ سيادة القانون للهزات فإن الدساتير المرنة قد تصبح خطراً ، وذلك فإن المشرع الدستورى الفرنسى كان غالباً أكثر ميلاً إلى الدساتير الجامدة.

والدستور الجامد – كما تقدم – هو الذى لا يمكن تعديله إلا بإجراءات خاصة مختلفة عن إجراءات تعديل القوانين واللوائح وأقسى منها.

ونكرر هنا انه لا عبرة بطريقة وضع الدستور لوصفه بالجمود أو عدمه.

كذلك فإنه لا عبرة بالموقف الفلسفى الموضوعى للدستور لوصفه

---

(١) Harvy & Bather : The British Constitution. London. 1966. P. 4-5.

بهذا الوصف ، إذ أن ذلك وصف يتعلق بالتعديل فحسب.

كذلك فإنه لا يوجد ارتباط بين كَوْن الدستور عرفياً وكونه مرناً ، أو كـون الدسـتور مكتوباً وكونه جامداً ، وان كان الغالب من الأمر أن يكون الدسـتور العـرفى مـرناً والدستور المكتوب جامداً. ولكن هذه القاعدة – التقريبية – تبدو مضللة نوعاً. ذلك انه كما قدمنا لا يوجد ما يمكن أن يطلق علـيه دستور عرفى كامل ، وأن الدستور الوحيد الذى توجد فيه كثرة من القواعد العرفية هو الدستور البريطانى وهو دستور مرن بغير جدال.

أما سائر الدساتير المكتوبة بعد ذلك فمنها المرن ومنها الجامد وفقاً لمقتضيات الأحوال فى كل دولة من الدول.

ومن الناحية التاريخية فقد وجدت بعض القواعد الدستورية العرفية فى فرنسا قبل الثورة – القوانين الأساسية للمملكة – وكانت هذه القواعد لا يمكن تعديلها بالطريقة التى كانت تعدل بها القوانين العادية أى بإرادة الملك وحـده وإنمـا كان يلزم أن توافق على التعديل البرلمانات التى كانت قائمة آنذاك.

المهم أن الدستور يوصف بالجمود إذا كان تعديله يقتضى إجراءات أصعب من تعديل القوانين العادية وأشد منها.

فـإذا كـان القانون العادى يكفى لتعديله أن يعرض على كل مجلس على حدة – فى البلاد التى توجد فيها مجلسان – وكان تعديل نص دستورى يقتضى العرض على المجلسين مجتمعين فإن الدستور يعتبر جامداً.

وإذا كـان القـانون يعـدل بأغلبية عادية واشترط الدستور لتعديله أغلبية أكثر من ذلك فإن الدستور يعتبر جامداً.

وإذا اشـترط الدسـتور لإمكانـية تعديله إجراء انتخابات جديدة أو

تكوين برلمان جديد لإمكانية النظر فى تعديله حتى ولو تم التعديل بالأغلبية العاديــة ففى هذه الحالة أيضاً يعتبر الدستور جامداً ذلك لأن تعديل التشريع العادى لا يقتضى إجراء انتخابات جديدة أو مجئ برلمان جديد.

وتختلف الدساتير فى مدى تشددها فى إجراءات التعديل ، فقد يكتفى بعضها بمجرد اجتماع المجلسين فى صورة مؤتمر للنظر فى شأن التعديل ، وقــد يذهــب بعضــها إلى إجراء انتخابات جديدة واقتضاء أغلبية خاصة ، والدســتوران فــى الحالتين يعتبران من الدساتير الجامدة مادامت إجراءات التعديل مختلفة عن إجراءات تعديل القوانين العادية.

ويذهب الفقيه الفرنسى المعاصر أندريه هوريو إلى أن الجمود بهذا المعنى – المتعلق بالتشدد فى تعديل – صفة من صفات الدساتير [١]، وذلك أن القــانون الدســتورى لابــد وان يخــتلف عن القانون العادى من حيث موضوعه ومن حيث طريقة وضعه وطريقة تعديله.

ويذهب هوريو – الأب – إلى أن جمود الدستور لا يقتصر فقط على اشــتراطات إجــراءات خاصة للتعديل وإنما هو يوحى أيضاً بأن التعديل لا يكــون إلا عــند ضرورة تمليها أزمة دستورية مثلاً ، كذلك فإن التعديل لا يكون إلا محدوداً [٢].

وهذا الذى يذهب إليه العميد هوريو هو الذى يمثل فى الواقع ما قد يكــون للدساتير الجامدة من ميزة على الدساتير المرنة ، ذلك فضلاً عما قد يوحى به جمود الدستور من هالة تضع التشريع الدستورى فى مقام أسمى

---

(١) أندريــه هوريــو : القــانون الدستورى والنظم السياسية (المشار إليه من قبل) ، باريس ١٩٦٨ ، ص ٢٨٠ «توفى الأستاذ الكبير اندريه هوريو منذ عدة سنوات».

(٢) موريس هوريو : الوجيز فى القانون الدستور (مشار إليه من قبل) باريس ١٩٢٩، ص٢٥١.

من مقام التشريع العادى.

والجمــود بالمعنى المتقدم هو ما يقال له الجمود النسبى. ذلك انه بالرغم من جمود الدستور إلا أن إمكانية تعديله موجودة. إلا أن هناك نوعا آخر من الجمود هو ما يقال له الجمود المطلق.

والجمــود المطلق قد يتعلق بنصوص الدستور كله وإلى الأبد وذلك بأن ينص الدستور على عدم إمكانية تعديل أى نصوص من نصوصه فى أى وقــت. وإذا فرض ووجد دستور على ذلك النحو فهو يدل على ضيق نظر واضــعيه وعــدم فهمهم سنن التطور. ذلك أن مثل هذا الدستور لابد وأن تعصف به قوى التطور عصفاً كاملاً نظراً لأنه لم يتح فرصة لإمكانية تعديله تعديلاً هادئاً.

والصورة السابقة نادرة حتى أننا لا نعرف لها مثلاً معيناً.

إنما توجد صور أخرى من صور الجمود المطلق فى الدساتير.

فقــد ينص الدستور على عدم إمكانية تعديل أى نص من نصوصه خــلال فترة زمنية معينة فى أعقاب صدوره. كأن ينص الدستور على عدم جواز النظر فى تعديل أى نص فيه قبل مضى خمس سنوات من تاريخ بدء نفاذه.

مــثال ذلك الدستور الفرنسى الصادر عام ١٧٩١ إذ نص على عدم جواز تعديله خلال دورتين تشريعيتين.

كذلــك دســتور ١٩٣٠ فى مصر الذى حظر النظر فى أمر تعديله خلال العشر سنوات الأولى من حياته.

والدســتور الكويــتى الصــادر فى نوفمبر ١٩٦٢ هو بدوره يحرم إمكانــية تعديــل أى نص من نصوصه خلال الخمس سنوات الأولى التالية لبدء العمل به.

هــذه صورة من صور الجمود المطلق المتعلقة بفترة زمنية معينة وبالنسبة لنصوص الدستور كله.

وهــناك صــورة أخــرى مــن صور الجمود المطلق تتعلق ببعض نصوص الدستور فقط ، ولكنها تجعل الجمود بالنسبة لها أبدياً. مثال ذلك ما تحظــره الدساتير الجمهورية من المساس بالشكل الجمهورى ، وما تحظره الدساتير الملكية من المساس بالشكل الملكى.

وقد جرى التساؤل حول القيمة القانونية لصور الجمود المطلق.

أمــا صورة الجمود المطلق الكاملة فالإجماع الآن منعقد على أنها باطلة ولا قيمة لها ذلك أنها تعنى مصادرة حق الأمة فى تعديل دستورها أو تغيــيره ، وتعــنى أن الجيل الحاضر – الذى وضع الدستور – يعطى نفسه حــق تقييد الأجيال القادمة ، ويقيد حريتها ويصادر سيادتها ويفرض عليها مــا يصــلح الــيوم وما قد لا يصلح غداً. هذه الصورة من الجمود المطلق الكامل لا تثير خلافاً على كل حال والكل مجمع على رفضها.

ولقــد سجل الدستور الفرنسى الأول – دستور ١٧٩١ – كما سجل إعــلان حقــوق الإنســان والمواطن عام ١٧٩٣ هذا الرفض ، إذ نص كل مــنهما على حق الأمة فى تعديل دستورها وتغييره ، وإلى أن هذا الحق لا يسقط ولا يجوز للجيل الحاضر أن يقيد فى شأنه الأجيال المستقبلة.

ولكن ما قيمة صور الجمود الأخرى؟

مــا قــيمة الجمــود لفــترة زمنية معينة ؟ وما قيمة جمود بعض النصوص جموداً مطلقاً؟

يرى البعض أن هذه النصوص لا قيمة لها مطلقاً سواء من الناحية السياســية أو مــن الناحــية القانونية وأنها ليست أكثر من مجرد رغبات

وأمانى [1]. ذلك أنها تتعارض مع مبدأ سيادة الأمة إذ أن مقتضى هذا المبدأ أن لا يقوم على سيادة الأمة عندما تريد تعديل دستورها قيد.

ومن ناحية أخرى فإن السلطة التأسيسية التى وضعت الدستور فى وقت معين لا يمكن أن تدعى لنفسها أنها أكثر سمواً من السلطة التأسيسية التى تعبر عن إرادة الأمة فى وقت لاحق ، أن الذى يملك السلطة التأسيسية يستطيع أن يفعل ما يشاء إلغاءاً أو تعديلاً أو تبديلاً وليس من المعقول ولا المقبول أن يضع المساوى له – فى الماضى – قيوداً تشل حركته فى المستقبل.

هذا هو رأى من يبطلون كل قيمة سياسية كانت أو قانونية لهذه النصوص.

ويذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن هذه النصوص – التى تحظر التعديل بالنسبة لبعض الموضوعات أو بالنسبة لفترة معينة – صحيحة ومنتجة ويتعين مراعاتها مادام الدستور قائماً لم تسقطه ثورة أو يطيح به انقلاب.

وهذا الرأى [2] يترك لواقع الحياة السياسية أن يلعب دوره الحاسم بالنسبة لحياة النصوص الدستورية أو موتها ، ولكنه مع ذلك يسلم للقواعد القانونية بالاحترام والإلزام مادامت قائمة لم تسقط.

ويذهب بيردو إلى التفرقة بين النصوص التى لا تجيز التعديل لفترة

---

(١) لوفاريير : القانون الدستور ص ٢٧٩ وما بعدها.

د. عبدالحميد متولى : المفصل ص ١٥٥.

د. محمود حافظ : موجز القانون الدستورى – القاهرة ١٩٥٦ ، ص١٢.

(٢) د. عثمان خليل : المبادئ الدستورية العامة – القاهرة ١٩٥٦ ، ص٢١-٣٢ وانظر له أيضاً الاتجاهات الدستورية الحديثة (مذكرات) غير مطبوعة ص٦٢-٦٣ لطلبه دبلوم القانون العام بجامعة القاهرة.

معينة وتلك التى لا تجيز تعديل بعض النصوص إطلاقاً.

ويرى بيردو [١] أن حظر التعديل إطلاقاً لبعض النصوص الدستورية ليست له قيمة من الناحية القانونية وأن كان له معناه وهدفه السياسى. ويبنى رأيه على أن السلطة المؤسسة الحالية لا تستطيع أن تقيد السلطة المؤسسة المستقبلة.

وعلى عكس ذلك يرى بيردو أن النصوص التى تحظر التعديل لمدة زمنية معينة فقط صحيحة قانوناً ويتعين الالتزام بها ، ذلك أنها تؤدى إلى ثبات قواعد الدستور الجديد.

وقد يبدو أن ذلك الرأى غير منطقى وأنه متناقض مع نفسه ، فأما أن يرفض حظر التعديل سواء بالنسبة للنصوص المانعة من تعديل بعض الموضوعات والنصوص المانعى من التعديل لفترة معينة وإما أن يقبل حظر التعديل فى الحالتين [٢].

والحقيقة أننا نرى أن بيردو إذ فرق بين الصورتين لم يقع فى تناقض إذ أن الصورتين مختلفتين اختلافاً يبرر المغايرة فى الحكم.

الصورة الأولى التى تقضى بمنع التعديل فى بعض النصوص إطلاقاً – هذه الصورة مصادرة صريحة وأبدية لإرادة الأجيال القادمة ، وهى بذلك تلق بالجمود المطلق الكلى الذى يتفق الجميع على رفضه ، والفارق بين

---

(١) G. Burdeau. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. 12eme ed. Paris. 1966. P. 84-85.

(٢) انظر د. طعيمة الجرف ، المرجع السابق «موجز القانون الدستورى» ص١٦٨-١٧٠ حيث يفرق بين الصورتين الأولى والثانية ، ويأخذ برأى معاكس لرأى بيردو، فيصحح ما يرفض بيردو ويرفض ما يصححه ، وفى المتن تحقيق وتسنيد جديد لرأى بيردو نأخذ به إذ تنضم لرأيه.

الصــورة التى يرفضها بيردو والجمود المطلق الكلى الذى يرفضه الجميع هو فارق فى الدرجة فقط إذ أن المنع يتعلق ببعض النصوص والمنع هناك يــتعلق بكــل النصــوص ، ولكنه منع أبدى فى الحالتين مما يبرر رفضه باعتــباره حجراً على المستقبل. أما الصورة الثانية التى تضع حاجزاً زمنياً يحــال دون الــتعديل فيه والتى يراها بيردو سليمة – ونراها كذلك معه إذ الفارق بينها – من حيث الطبيعة – وبين أن يقال انه يجب أن تمضى ستة أشــهر مــثلاً بين إبداء الرغبة فى التعديل والتصويت على التعديل؟ والكل يجمع على انه لا غبار على مثل ذلك الاشتراط ، حتى أن أحداً – فيما نعلم – لم يناقش سلامته القانونية من عدمها ويأخذه الكل مأخذ القبول.

ويــورد بيردو صورة ثالثة من صور الحظر التى عرفتها الدساتير الفرنســية – بالذات دستور ١٩٤٦ ودستور ١٩٥٨ – وهى الصورة التى تمــنع كــل تعديــل دستورى فى الفترة التى تحتل فيها البلاد أو جزء منها بقــوات أجنبــية. ويرى بيردو أن حظر التعديل هنا سليم قانونياً ، ذلك أن الإرادة التأسيســية للأمــة – فى فترة الاحتلال – تكون فى حالة شلل يبرر حظر التعديل فى تلك الأثناء.

وعلــى أى حــال وأيــاً ما كانت التحليلات القانونية فإن العبرة فى النصــوص الدستورية وضمان مراعاتها ليست مستندة إلى ذات النصوص بقــدر استنادها إلى نضج الرأى العام ووعيه ، ورغبة الإرادة الشعبية فى الإبقــاء على الدستور أو فى تعديله. وتعبير هذه الإرادة عن نفسها وصور هذا التعبير.

وعلــى أى حال فإن التفرقة بين الدساتير المرنة والدساتير الجامدة ينتج عنها ما يقال له بالنسبة للدساتير الجامدة «مبدأ سمو الدستور». وهو الأمر الذى نبحثه فى الباب القادم.

الباب الخامس

مبدأ سمو الدستور

القواعــد الدستورية عرفية كانت أو مكتوبة ، مرنة كانت أو جامدة تسمو على القواعد القانونية العادة.

ونبحــث السمو الموضوعى فى فصل أول ثم نبحث السمو الشكلى فى فصل ثان.

الفصل الأول

السمو الموضوعى للقواعد الدستورية

دســتور الدولــة هو قانونـها الأساسى أو هو قانون القوانين سواء كان ذلك الدستور عرفياً أو مكتوباً ، مرناً أو جامداً.

ولا شك أن دستور الدولة يعكس فلسفتها السياسية والاجتماعية أيا كانــت تلــك الفلسفة ، ومن ثم فإنه على ذلك يعتبر الأساس الشرعى لكل الأنظمة القانونية فى الدولة.

وإذا اســترجعنا المفهــوم الواســع فإننا سنرى انه هو الذى يضم القواعــد الأساســية الــتى تحدد سلطات الدولة واختصاصاها ، وعلاقاتها ببعضــها وبالأفراد . ومن هذا يبين أن مضمون القواعد الدستورية يسمو بطبيعــته على مضمون القواعد القانونية الأخرى التى تصدر عن السلطات المذكــورة والدســتور تعبير عن إرادة السلطة المؤسسة وهو الذى ينشئ السلطات المؤسسة أو المنشأة فى الدولة ويعطى كلاً منهما اختصاصاً معيناً لا تعدو ه[1].

(١) موريس هوريو : موجز القانون الدستورى ، ص ٢٦١ وما بعدها.

وعلـــى ذلـــك فالدســـتور فى الدولة القانونية - التى تنفصل فيها الســـلطة عن أشخاص الممارسين لها - هو مناط اختصاص الهيئات العامة فى تلك الدولة. بحيث أن تلك السلطات إذا تعدت حدود الاختصاص المرسوم لهـــا فـــى الدستور انقلب من سلطة قانونية تستند إلى الدستور إلى سلطة فعلية لا سند لها إلا القوة المادية.

ويترتب على ذلك أن الاختصاص الذى يمنحه الدستور لسلطة معينة لا تســـتطيع تلك السلطة - بغير سند فى الدستور - أن تنقله كلياً أو جزئياً إلى سلطة أخرى فى الدولة.

فالمحاكم لا تستطيع أن تنقل سلطة القضاء إلى أفراد الناس أو إلى لجان إدارية.

وإذا كـــان المثل السابق لا يثير خلافاً فإن ثمة صورة أخرى أثارت جـــدلاً كثيراً. تلك هى صورة التفويض فى التشريع الذى يصدر عن السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية.

وهـــناك شـــبه إجمـــاع على أن البرلمان لا يستطيع أن ينقل سلطة التشريع كاملة إلى السلطة التنفيذية وإلا كان معنى ذلك هدم دستور الدولة.

ولكـــن هـــل يســـتطيع البرلمان أن يفوض السلطة التنفيذية إصدار قوانيـــن معينة فى موضوعات معينة ؟ حدث فى إنجلترا أن أعطى البرلمان ســـنة ١٩١٤ تفويضاً للحكومة تواجه به الطوارئ الناجمة عن الحرب عن طـــريق اللوائـــح التشريعية العامة التى تصدرها ، وفى عام ١٩٢٠ أصدر البرلمان قانون سلطة الطوارئ الذى يوسع سلطات الحكومة التى منحها لها عام ١٩١٤ برغم أن الحرب كانت قد انتهت.

ويذهب الفقيه الفرنسى جورج بيردو[١] الذى يقف ضد التفويض فى السلطة ويراه خروجاً على مبدأ السمو الموضوعى للدستور إلى أن ذلك التفويض الذى حدث فى إنجلترا فيه جور على القواعد الدستورية الموضوعية ، وذلك رغم ما يمتاز به الدستور البريطانى من مرونة ، اللهم إلا أن يقال أن هذه القوانين التفويضية تحمل معنى التعديل الدستورى.

وأياً كان الخلاف حول هذه المسألة – التفويض – الجزئى فى التشريع بغير نص – فإن السمو الموضوعى للقواعد الدستورية يبدو حقيقة قائمة وراء إثارة هذه القضية ، إذ لو لم يكن هناك مثل هذا السمو الموضوعى لما أمكن أن تثار هذه القضية خاصة فى ظل الدساتير المرنة التى يمكن أن تعدل بالتشريع العادى.

وان كان الدستور البريطانى دستوراً مرناً كما هو معروف ، وكان البرلمان فى إنجلترا هو صاحب السلطة غير المحددة فى تلك البلاد ، حتى أن فقيهاً إنجليزياً معاصراً يرى أن ما يقال من أن البرلمان فى إنجلترا يملك كل شئ إلا أن يجعل المرأة رجلاً والرجل امرأة غير صحيح ، إذ انه يرى أن البرلمان البريطانى يملك حتى ذلك بأن يعطى حقوق هذه لهذا وحقوق هذا لهذه [٢].

إذا كان ذلك كله صحيحاً من الناحية النظرية فعلى أى أساس يقول هذا الفقيه نفسه انه مع كل هذه السلطة ومع مرونة الدستور البريطانى ، وأن كثيراً من قواعده هى جزء من القانون العام فى المملكة ، فإن البرلمان

---

(١) G. Burdeau : Traite de science politique. T. III. Paris. 1950. Pp. 182-194.

(٢) Sir Invor Jennings : The Law and the Constitution. London. 1959. P. 170.

البريطانى لا يملك – على سبيل المثال لا الحصر – أن يحرم المسيحيين الكاثوليك من حق الانتخاب أو أن يحرم إنشاء النقابات العامة [١].

أن البرلمان البريطانى لا يستطيع ذلك فعلاً لأن مبدأ السمو الموضوعى للدستور يحول بينه وبين إمكانية إصدار تشريعات تؤدى إلى تلك النتائج المشار إليها مع مرونة الدستور البريطانى.

هذا هو ما يقصد إليه من أن مبدأ السمو الموضوعى للدساتير هو مبدأ عام ينطبق فى الدولة القانونية أياً كان دستورها : عرفياً أو مكتوباً مرناً أو جامداً.

ويبين من كل هذا الذى تقدم أن السمو الموضوعى للدستور يؤدى إلى اتساع نطاق مبدأ المشروعية. وإذا كان ذلك المبدأ يعنى ضرورة احترام النصوص القانونية العادية سواء من جانب الأفراد أو جانب السلطات العامة فإن السمو الموضوعى للقواعد الدستورية يعنى أن تكون كل القواعد القانونية التى تتضمنها التشريعات العادية وكل تصرفات سلطات الدولة فى إطار الحدود والقواعد التى وضعها الدستور.

إن الدستور هو الذى يحدد فلسفه نظام الحكم وأسسه وقواعده وكل ما بنى على هذه الفلسفة والأسس والقواعد يجب أن يكون متفقاً معها غير خارج عليها. وهذا هو ما نعنيه بالسمو الموضوعى للقواعد الدستورية.

ومبدأ السمو الموضوعى للقواعد الدستورية لا ترتب مخالفته بذاتها نتائج قانونية محددة وأن أدت فى البلاد ذات الوعى والتى يكون فيها للرأى العام تأثير كبير إلى نتائج سياسية بالغة الأهمية بل وبالغة الخطر مما قد يصل إلى حد الثورة ذاتها باعتبار أن انتهاك مبدأ السمو الموضوعى

---

(١) المرجع السابق ص ١٤٨.

للدستور هو انتهاك لكل أسس الحياة السياسية ولكل قواعد النظام السياسى الذى يقيمه ذلك الدستور.

ولكن الدساتير عادة لا تترك أمر سمو قواعدها لمجرد حماية الرأى العـــام وإنما تضع قواعد لضمان سمو هذه القواعد وهنا نصل إلى الصورة الأخرى من صور السمو الدستورى.

فـــإذا كـــان هذا هو أمر السمو الموضوعى للدستور فما هو الأمر بالنسبة للسمو الشكلى؟

الفصل الثانى

السمو الشكلى للدستور

تمهيد :

إذا كان السمو الموضوعى مبدأ عاماً بالنسبة لكل القواعد الدستورية فإن السمو الشكلى يقتصر على بعض أنواع الدساتير دون بعضها الآخر.

والسمو الشكلى يتحقق بالنسبة لتلك الدساتير التى تتطلب لتعديلها إجراءات أشد من إجراءات وضع وتعديل القوانين العادية ، أى انه يتحقق بالنسبة للدساتير الجامدة ، ذلك انه فى ترتيب القواعد القانونية ترتيباً تنازلياً نجد أن القواعد الدستورية الجامدة – من الناحية الشكلية فضلاً عن الناحية الموضوعية المتحققة دائماً – تأتى قبل القواعد القانونية العادية. وتأتى قواعد القانون قبل اللائحة وهكذا.

وبناء على ذلك فإن القانون العادى لا يستطيع أن يخرج على مضمون القواعد التى ترد فى دستور جامد وإلا كان معنى ذلك أننا نسمح بتغيير القواعد الدستورية الجامدة بقواعد قانونية عادية. ولكن إذا كان ذلك كذلك فكيف نستطيع أن نضمن نفاذه ؟

كيف نستطيع أن نضمن أن المشرع العادى لن يخرج عن مضمون القواعد الدستورية فى قانون عادى يصدره وأنه سيلتزم بمضمون النصوص الدستورية ؟ وان مبدأ السمو الشكلى للدستور سيتحقق بذلك إلى جوار السمو الموضوعى؟

وإذا كان السمو الموضوعى للدساتير المرنة هو وديعة لدى الشعوب وممثليها والرأى العام والمعبرين عنه ، فإن السمو الشكلى

للدستور له فى كثير من الدساتير إجراءات معينة تكفل سلامته والحرص عليه.

وهذه الإجراءات هى ما يبحث عادة تحت عنوان : رقابة دستورية القوانين . وهو الأمر الذى ننتقل إلى بحثه باعتباره أهم نتيجة من نتائج السمو الشكلى للدستور.

ولكن يحسن بنا قبل أن ندرس موضوع «رقابة دستورية القوانين» أن نعرض لمسألة قد تبدو قليلة الأهمية ولكن الفقه الدستورى يحرص مع ذلك على تناولها. تلك هى مسألة القيمة الدستورية لإعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير.

ويعالج الفقه عادة إعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير معالجة واحدة ذلك على حين انه يتعين التفرقة بينهما ذلك أن إعلانات الحقوق تكون عادة منفصلة عن الدساتير وقد تشير إليها الدساتير وقد لا تشير فإن هى أشارت إليها كان المعول على هذه الإشارة : هل يعتبر الدستور جزءاً منه أو لا يعتبره كذلك ، فإن اعتبره الدستور جزءاً منه كان حكمه حكم الدستور وكانت قوته من قوة الدستور. وهذا هو حال الإعلان الفرنسى لحقوق الإنسان والمواطن الذى أحال إليه كل من دستور ١٩٤٦ ودستور ١٩٥٨ وهذه الإحالة فى تقديرى تعطى لذلك الإعلان ما للدستور نفسه من قوة.

أما إذا لم يشر الدستور إلى مثل هذه الإعلانات أو لم يحلِ إليها فإنها تبقى مجردة من القيمة القانونية وتبقى لها قيمتها السياسية أو الأدبية وفقاً لمدى إيمان الشعوب بها واحترامها لها. وهذا هو حال ميثاق العمل الوطنى الصادر عندنا فى جمهورية مصر العربية عام ١٩٦٢ فإن الدستور

لـم يشـر إلـيه ولم يعطه قوة دستورية معينة وعلى ذلك فلا جدال فى أن الميـثاق لا يتمـتع بقوة دستورية وإنما يبقى له من القوة السياسية بقدر إيمان الشعب به وحرصه عليه.

أما مقدمات الدساتير فهى عندى جزء لا يتجزأ من الدستور لها ما للدستور من سمو واحترام وقيمة قانونية.

وقـد أخذ المجلس الدستورى فى فرنسا بهذه الوجهة من النظر إذ حكم بعدم دستورية قانون خالف ما ورد فى مقدمة دستور ١٩٥٨ واعتبر تلـك المقدمـة بمثابة جزء أصيل من الدستور له ذات القوة القانونية التى لسائر نصوص الدستور ، ومن ثم فإن مقدمة الدستور تتمتع بنفس الحماية التى تضفيها على الدستور رقابة الدستور التى يمارسها فى فرنسا المجلس الدستورى.

وهذه الوجهة من النظر تكتسب بالنسبة لنا أهمية خاصة نظراً لأن دسـتور ١٩٧١ وردت بـه مقدمـة ومـن ثم فإن هذه المقدمة تأخذ حكم الدستور وتكتسب قوته [(١)].

وبعد ذلك ننتقل إلى دراسة رقابة دستورية القوانين.

رقابة دستورية القوانين :

المقدمات الضرورية لبحث موضوع رقابة دستورية القوانين هى أن نكون بصدد دولة قانونية ، أى لها دستور بالمعنى الموضوعى ، وأن يعتبر ذلـك الدستور هو قمة النظام القانونى فى تلك الدولة ، وان لا يمكن تعديل ذلك الدستور بنفس الطريقة التى توضع وتعدل بها القوانين العادية ، بل أن

---

(١) راجـع فى ذلك كله أندريه هوريو : المرجع السابق ص ٢١٥ وكذلك مجلس الدولة الفرنسى عدد ١٩٧٦ ص٧٣٧ وتعليق ريفيرو على الحكم المشار إليه فى المتن.

يقتضى ذلك التعديل إجراءات أشد تعقيداً.

عـندما تتوافر هذه المقدمات يثور موضوع الرقابة على دستورية القوانين ، والصورة التى يثار فيها الموضوع عادة تتحصل فى الآتى :

وجود دستور جامد.

هذا الدستور ينظم موضوعاً معيناً.

تأتى السلطة التشريعية وتصدر قانوناً عادياً يخرج فى كل نصوصه أو فى بعضها على نصوص القواعد الدستورية.

ما هو الحكم فى هذه الحالة؟

لم تتخذ الدساتير المختلفة موقفاً واحداً ، ولم يتخذ القضاء فى البلاد المخـتلفة – عند عدم وجود تنظيم تشريعى للمسألة – موقفاً واحدا. وكذلك الفقه اختلفت فيه الآراء.

بعض الدساتير لم تتعرض أصلاً للموضوع وتركته للفقه والقضاء يجتهدان فيه اجتهادهما.

وبعض الدساتير ذهب إلى الحد الذى تضمن نصوصاً تقضى ببطلان التشـريعات الـتى تصـدر علـى خلاف أحكام الدستور من ذلك الدستور التشيكوسـلوفاكى القديـم – الصادر ١٩٢٠ – والذى كان ينص فى مادته الأولـى على بطلان القوانين المخالفة للدستور أو تلك التى تعدل أحكامه ، وأخـذ الدسـتور الإيرلندى الصادر عام ١٩٣٧ بنفس الأسلوب إذ نص فى مادتـه الخامسـة عشر على بطلان القوانين الصادرة بالمخالفة لنصوص الدستور وبالقدر الذى تجرى فيه هذه المخالفة.

والحقيقة أن حكم مثل هذه النصوص يجب أن يفهم ضمناً حتى دون النص عليه مادام الدستور غير مرن ومجرد النص وحده لن يغنى شيئاً ولن

يمـــثل ضـــمانة حقـــيقة. هذه الضمانات الحقيقية هى التى تتمثل فى تنظيم «رقابة دستورية القوانين».

وقـــد تعرضت بعض الدساتير لهذا الموضوع الخطير ونظمته على نحـــو يكفـــل فـــى تقديـــر واضعيها أن لا تخالف التشريعات العادية أحكام الدستور.

ولكـــن الدســـاتير التى تتفق على المبدأ اختلفت فى وسائل تحقيقه على النحو الذى سنعرض له.

وســـنعالج أولاً موقـــف القضـــاء والفقـــه عندما لا ينظم الدستور موضوع الرقابة أصلاً.

أولاً : موقف القضاء والفقه فى ظل عدم التعرض للموضوع أصلاً :

الفـــرض هنا أن الدستور الجامد لم يعرض أصلاً لموضوع الرقابة علـــى دستورية القوانين ، ولكن الدستور جامد وقواعده لا يمكن أن تعدل بالقوانين العادية ، وقد صدر قانون عادى مستوف لكل إجراءاته الشكلية – وإلا ما اعتبر قانوناً – وهذا القانون مخالف فى بعض قواعده الموضوعية للقواعد الواردة فى الدستور نفسه.

والقـــانون من شأنه أن يحكم العلاقات بين الناس، ومادامت وجدت العلاقات فقد وجد احتمال النزاع ومادام احتمال النزاع قائماً فإنه قد يعرض على المحاكم لكى تقول حكمها.

كذلك فإن الفقه مطالب هو الأخر ببحث الموضوع.

هذا هو الفرض الذى نريد أن نواجهه.

وهذا الفرض ليس مجرد افتراض وإنما هو من الأمور التى حدثت

وتحدث كثيراً فى واقع الحياة، وقد واجهها القضاء والفقه وعلينا الآن أن نرى كيف كانت تلك المواجهة.

موقف القضاء:

لم يتخذ القضاء موقفا واحدا فى كل البلاد تجاه هذه المسألة الخطيرة، فقد رفض القضاء فى بعض البلاد أن ينظر فى مدى اتفاق أو مخالفة القانون للدستور، واقر القضاء فى بلاد أخرى حقه فى نظر الموضوع والفصل فيه، وإلى جوار الاعتبارات القانونية التى أدت بالقضاء إلى اتخاذ هذا الموقف أو ذاك، فإن اعتبارات عامة أخرى كان لها وزن من غير شك فى اتخاذ موقف دون آخر.

والدساتير الفرنسية منذ الثورة، وحتى دستور ١٩٤٦ لزمت جانب الصمت إزاء هذا الموضوع وتركته كاملا للقضاء والفقه يجتهدان فيه.

والدستور الاتحادى فى الولايات المتحدة الأمريكية لم ينظم موضوع رقابة الدستور تنظيما خاصا واضحا.

والدستور المصرى الصادر عام ١٩٢٣ والمعمول به حتى عام ١٩٥٢ سكت أيضاً عن هذا الموضوع.

ولم يكن موقف القضاء فى كل من هذه البلاد الثلاث واحدا.

رفض القضاء الفرنسى أن يراقب دستورية القوانين.

وذهب القضاء الأمريكى فى الولايات المتحدة إلى ضرورة هذه المراقبة وتوسع فيها.

وتردد القضاء المصرى بادىء ذى بدىء ثم أقر لنفسه النظر فى دستورية القوانين.

ونعرض لكل من هذه المواقف الثلاث.

١- أ- موقف القضاء الفرنسى:

لم يجد القضاء الفرنسى نفسه فى مواجهة صمت دستورى إزاء هذا الموضــوع فقــط، ولكــنه وجد نفسه بالإضافة إلى ذلك فى مواجهة بعض النصوص التشريعية التى توحى بمنعه من النظر فى موضوع الدستورية.

فالمادة الحادية عشرة من قانون تنظيم القضاء الصادر عام ١٧٩٠ تمنع المحاكم من «أن تشترك على نحو مباشر أو غير مباشر فى ممارسة الســلطة التشــريعية أو أن تعــرقل قرارات الهيئة التشريعية أو أن توقف نفاذها».

والمادة ١٢٧ من قانون العقوبات تؤثم «القضاة الذين يتدخلون فى ممارسة السلطة التشريعية سواء بايجاد لوائح تتضمن أحكاما تشريعية. أو بمــنع أو إيقاف قانون أو أكثر أو بالتداول فيما إذا كان يجب نشر القوانين أو نفاذها».

وهــذا النصان واضحا الدلالة فى الحيلولة بين القضاء ونظر رقابة دستورية القوانين.

وبالإضــافة إلى هذين النصين فقد نشأ القضاء الفرنسى وهو يرث ميراثاً من الحذر والريبة ولدته تجارب ما قبل الثورة الفرنسية عند السلطة التنفــيذية ثم التشريعية تجاه القضاء باعتباره معوقا وراغبا فى التدخل فى نطــاق السلطتين الآخريين. وقد استقر الرأى فى فرنسا على مفهوم لمبدأ الفصــل بين السلطات يحول بين القضاء ومثل هذا التدخل حتى وهو بصدد النظر فيما يطرح عليه من منازعات ، وقد كان ذلك النوع من التفسير هو الأساس الذى بنيت عليه فكرة إنشاء القضاء الإدارى.

وإلى جوار النصوص التشريعية المشار إليها من قبل ، وهذا الجو المرتاب فى القضاء من حيث رغبته فى توسيع سلطته ، فإن بعض النصوص الدستورية نفسها ساعدت على اتخاذ هذا الموقف.

فإعلان حقوق الإنسان والمواطن عام ١٧٨٩ - وله من القيمة ما له فى الحياة السياسية الفرنسية - ينص فى مادته الثالثة على أن القانون هو التعبير الحر والرسمى للإرادة العامة.

وإذا كان البرلمان هو المعبر عن الإرادة العامة فإنه لا يسوغ مع ذلك أن يأتى القضاء ليعطل هذه الإرادة بحجة النظر فى دستورية القوانين.

والى جوار ما جاء فى الإعلان فإن المادة الثالثة من دستور ١٧٩١ تحظر على المحاكم أن تتدخل فى ممارسة السلطة التشريعية أو أن ت_قف نفاذ القوانين.

هذه هى الظروف التى وجد القضاء الفرنسى نفسه فيها والتى جعلته يرفض النظر فى رقابة دستورية القوانين ، وقد كان هذا هو موقف القضاء الإدارى أيضاً.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسى صراحة فى أكثر من حكم صادر عام ١٩٤٤ انه «فى ظل الوضع الحالى للقانون العام فى فرنسا فإن هذه الوسيلة - رقابة دستورية القوانين - لا يمكن أن تناقش أمام مجلس الدولة» (١).

ولم يشذ القضاء العادى بدوره عن هذا الاتجاه.

ومع ذلك فقد تعرض القضاء الفرنسى بطريق غير مباشر لموضوع

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٦ نوفمبر ١٩٣٦ وحكمه فى ٢٢ مارس ١٩٤٤.
وانظر بريلو : المرجع السابق ص ٢١٥-٢١٦.

الدستورية إذ أقر لنفسه الحق فى التحقق من مدى سلامة توافر الشروط الشكلية للقانون. ذلك انه بغير تَوافر هذه الشروط فإن القانون يكون فى حالة إنعدام. مثلاً قانون وافق عليه مجلسا البرلمان ولم يصدره رئيس الدولة. أو قانون وافق عليه أحد المجلسين فقط ولم يعرض على المجلس الآخر. هنا لا نكون فى مواجهة قانون أصلاً ، وعلى ذلك فإن القضاء الفرنسى إذ كان ينظر مثل هذه الأمور كان يعتبر نفسه بعيداً عن رقابة الدستور ، ذلك على حين أن الواقع هو أن البحث من صميم رقابة دستورية القوانين ، ذلك أن الدستور هو نفسه الذى يحدد الإجراءات التى يتعين أن يمر بها التشريع لكى يصبح تشريعاً ، والمحاكم عندما تعطى لنفسها اختصاص التحقق من هذه الإجراءات فهى تبحث موضوعاً دستورياً بيقين.

ولكن نظراً لندرة ما يمكن أن يقع من مخالفات شكلية على هذا النحو ولأن الأمر فيها لا يمكن السكوت عليه فإن موقف القضاء تجاه هذا الموضوع لم يكن محلاً لنقد ولم يعتبر خروجاً على النصوص السالف الإشارة إليها [(١)].

ونرى انه فى ظل الظروف الموضوعية المتقدمة ما كان القضاء الفرنسى مستطيعاً أن يفعل بالنسبة لهذا الموضوع اكثر مما فعل ، وكان تصديه لرقابة دستورية القوانين موضوعياً يعتبر من باب تجاوز الاختصاص الذى كان لابد وأن يؤدى إلى ردود فعل عنيفة لدى كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ب- موقف القضاء الأمريكى :

وجد القضاء الأمريكى نفسه فى موقف مختلف تماماً عن موقف

---

(١) انظر: سعد عصفور : المرجع السابق ص١٦٣.

القضاء الفرنسى رغم أن الدستور المعمول به فى الحالتين لا ينظم موضوع رقابة دستورية القوانين.

ذلك أن القضاء الأمريكى نشأ فى بلاد حديثة ليس لديها ميراث يدعوها إلى الريبة فيه كما كان الحال فى فرنسا.

ولم يواجه كذلك نصوصاً تشريعية صريحة فى المنع كتلك التى واجهها القضاء الفرنسى.

وعلاوة على ذلك فإن القضاء الأمريكى وجد نصاً فى الدستور لا ينظم رقابة الدستور حقاً ، ولكنه وفقاً للتفسير الصحيح لا يمنع هذه الرقابة بل يقرها ضمناً أن لم نقل صراحة. هذا هو نص الفقرة الثانية من المادة السادسة من الدستور الاتحادى التى تقوم «هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة الصادرة وفقاً له وكل المعاهدات المعقودة أو التى ستعقد فى ظل سلطة الولايات المتحدة ، ستكون هى القانون الأساسى للبلاد ، والقضاة فى كل الولايات سيقيدون بذلك بصرف النظر عن أى حكم مخالف فى دستور الولايات أو قوانينها».

وذلك فضلاً عن نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور التى تتحدث عن الاختصاص القضائى والتى جاء فيها : أن الوظيفة القضائية تمتد إلى كل القضايا المتعلقة بالقانون أو العدالة التى تثور فى ظل هذا الدستور.

هذان النصان من نصوص الدستور الاتحادى الأمريكى وأن كاناً لا ينظمان وسيلة معينة لمراقبة دستورية القوانين إلا أنهما بغير شك يفتحان الباب عن طريق التفسير أمام المحاكم للنظر فى مدى اتفاق القوانين الصادرة فى ظل الدستور مع ذلك الدستور.

وهذا هو ما فعله القضاء الأمريكى.

وقـد بدأ الأمر فى محاكم الولايات – عندما كانت تلك الولايات دولا مسـتقلة قـبل نشأة الاتحاد ثم أخذت به المحكمة الاتحادية العليا ابتداء من عام ١٨٠٣ فى قضية ماربورى ضد ماديسون المشهورة.

واسـتقر بعـد ذلـك – ومن عام ١٨٣٠ – قضاء المحكمة العليا وقضـاء محـاكم الولايات على حقها فى النظر فى دستورية القوانين. وما زالـت الأسباب التى استند إليها قاضى القضاة مارشال فى قضية ماربورى ضـد ماديسـون عام ١٨٠٣ تمثل حجر الأساس الذى تعتمد عليه المحاكم الأمريكية فى قضائها فى هذا الموضوع.

بل أن القضاة فى كثير من البلاد التى لم ينظم فيها الدستور طريقاً لمراقـبة الدستورية نهجت إلى حد كبير ذات النهج الذى اتبعه مارشال فى تسبيبه لحكمه.

ومـن بين ما جاء فى أسباب ذلك الحكم التاريخى وأصبح بعد ذلك مـيراثاً قضائياً عاماً : «اما أن يكون الدستور هو القانون الأسمى الذى لا يقبل التعديل بالوسائل العادية ، واما أن يوضع الدستور على ذات المستوى مع الأعمال التشريعية العادية التى يستطيع المشرع العادى أن يغيرها كلما أراد. وعلينا أن نختار».

«أما أن التصرف التشريعى المخالف للدستور لا يعتبر قانوناً. وأما أن الدسـتور نفسه يصبح لغواً فى محاولته لتقييد سلطة هى بطبيعتها غير مقـيدة» «يقصـد السـلطة التشريعية» ثم يقول : أن الاختصاص الممنوح للسـلطة القضـائية بمقتضـى الدستور يعطيها الحق فى نظر كل القضايا المـتعلقة بالقوانيـن الـتى تثور فى ظل الدستور ، فهل يتصور أن يقصد

واضعوا الدستور إلى أن يحرموا القضاة من فحص الدستور بينما يلزمهم بالفصل في الخصومات التي تنشأ في ظل ذلك الدستور. ثم ينتهي إلى النتيجة الآتية :

«إذا كان التصرف التشريعي المخالف للدستور ليس قانوناً فإنه من غير المتصور إلزام المحاكم بتطبيقه».

هذه هي بعض الأسباب التي جاءت في ذلك الحكم الذي أصدره مارشال رئيس المحكمة العليا الاتحادية عام ١٨٠٣. وقد ظل القضاء الأمريكي متردداً ، بل أن ميله إلى الرفض كان اكثر وضوحاً حتى عام ١٨٣٠ ومنذ تلك السنة وحتى عام ١٨٨٠ لم يكن حق القضاء في مراقبة دستورية القوانين محلاً لنزاع وسارت المحاكم من جانبها سيراً معتدلاً في مباشرة هذه الرقابة.

ولكن منذ نهاية القرن الماضي وحتى عام ١٩٣٦ من القرن العشرين توسعت المحاكم في مباشرة هذه الرقابة توسعاً دعى إلى القول أن الولايات المتحدة لا يحكمها السياسيون في البيت الأبيض والكونجرس وإنما يحكمها قضاة المحكمة العليا . وكان الرئيس روزفلت هو الذي قال ذلك كمظهر من مظاهر الاحتجاج على موقف المحكمة العليا من القوانين الاقتصادية التي أراد أن يتغلب بها على الأزمة الاقتصادية الطاحنة التي اجتاحت العالم عام ١٩٣٠ وأن يدخل بها بعض صور العدالة الاجتماعية في التشريع الأمريكي.

وكانت المحكمة العليا قد حكمت بعدم دستورية هذه القوانين وأصرت على ذلك الموقف إصراراً اثار ضدها الرأي العام في تلك البلاد مع احترامه العميق للقضاة.

وقد حاول روزفلت أن يعدل من نظام المحكمة تعديلاً يتيح له زيادة عــدد القضاة لكى يتغلب على عناد القضاة المعارضين لقوانينه الاقتصادية الجديــدة بتعيين قضاة أكثر تحرراً وتطوراً ، وعلى ذلك تنحاز الأغلبية إلى الموافقة على تلك القوانين، ولكن روزفلت لم يتمكن من إدخال ذلك التعديل، وشــاءت الظروف بعد ذلك أن يتوفى أحد القضاة الخمسة المعارضين وأن يطلــب اثـــنان منهم احالتهما إلى التقاعد بعد أن جاوزا السبعين ، وبتعيين ثلاثـــة آخريـــن مكانهم تغير الوضع فى المحكمة وأصبح فيها سبعة يؤيدن الاتجــاه الجديد بعد أن كانوا أربعة فقط ضد خمسة معارضين مما أدى إلى نوع من الشلل فى الحياة الأمريكية طوال فترة معارضة المحكمة واعتبارها تلك القوانين غير دستورية.

وبعد هذه الأزمة عادت المحكمة العليا ومن ورائها المحاكم الأخرى إلى الاعتدال فى مباشرتها لرقابة دستورية القوانين.

وفى ختام هذا العرض السريع للقضاء الأمريكى يجب أن نلاحظ أن القضاء الأمريكى لا يقضى ببطلان القانون لمخالفته للدستور ، فهو لا يملك ذلــك. وإنمــا هو يقضى بالامتناع عن تطبيق ذلك القانون فى القضية محل البحث.

ولكــن نظــر لأن الــنظام القضــائى الأمريكى يقوم على السوابق القضــائية وعلـــى اتــباع المحـــاكم الدنيا لقضاء المحاكم العليا فإن قضاء المحكمـــة الاتحادية العليا بالامتناع عن تطبيق قانون معين لعدم دستوريته يعنى من الناحية العملية إبطال مفعول ذلك القانون فى الواقع ، اللهم إلا إذا عدلــت المحكمـــة العلـــيا نفســـها عن قضائها بعد ذلك ، وهى رغم تقيدها بالســـوابق القضـــائية إلا انها تعدل عنها فى بعض الحالات ، وهذا هو ما حـــدث فعلاً بالنسبة للقوانين الاقتصادية التى استصدرها روزفلت وفقاً لما

كـــان يسمى بالسياسة الاقتصادية الجديد آنذاك .N.E.P وهذه الطريقة هى مـــا يسمى عادة الرقابة عن طريق الامتناع. أى امتناع المحاكم عن تطبيق النص المخالف للدستور.

وإلى جوار الرقابة بطريق الدفع المؤدى إلى الامتناع أوجد القضاء الأمــريكى وسيلتين أخريين لمباشرة رقابة الدستورية ، وهاتان الوسيلتان همـــا : أولاً الأمـــر القضـــائى **Injunction** ومقتضاه أن يصدر أمر من المحكمة – التى هى وفقاً للنصوص محكمة اتحادية مشكلة من ثلاثة قضاه – بناء على طلب ذى مصلحة إلى موظف معين فى حالة معينة. وعلى ذلك الموظف أن يتمثل لأمر المحكمة إلا إذا طعن فيه وألغى الأمر.

والوسيلة الثانية هى الحكم التقريرى ، ومقتضاه أن يصدر حكم بناء علـــى طلب صاحب مصلحة ليقرر ما إذا كان قانون معين يراد تطبيقه على ذلك الشخص دستورياً أم غير دستورى. وهذا الحكم ذو أثر نسبى أى انه لا يحـــتج بـــه إلا من صدر لصالحه وفى تلك الحالة دون غيرها. وقد أقر الكونجرس تلك الوسيلة بقانون اتحادى أصدره عام ١٩٣٨.

هـــذه هـــى الوســـائل الـــثلاث التى يباشر بها القضاء فى الولايات المـــتحدة الأمريكية رقابة دستورية القوانين فى تلك البلاد والتى بنى على أساسها صرحاً قضائياً ضخماً فى هذا الموضوع (١).

---

(١) د. أحمـــد كمـــال أبـــو المجد : الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصرى (رسالة دكتوراه) القاهرة ١٩٦٠ فى مواضيع متفرقة ، وانظـــر بـــالذات ص ٢٢١ ومـــا بعدهـــا بخصـــوص قيمة الحكم بعدم الدستورية وص ١٨٥ ومـــا بعدهـــا بخصـــوص طريقة الأمر القضائى وص ٢٧٣ وما بعدها بخصوص الأحكام التقديرية.

ج- موقف القضاء المصرى :

لـــم يـــرد فى دستور ١٩٢٣ ولا فى أى من الدساتير الصادرة بعد يولـــيو ١٩٥٢ – وحتى أول سبتمبر ١٩٦٩ – أى نص يتعرض لموضوع رقابـــة دستورية القوانين لا إيجاباً ولا سلباً وعلى ذلك وجد القضاء نفسه حتى ذلك التاريخ فى مواجهة المشكلة يحلها حلاً قضائياً.

وقد أثير الموضوع أمام المحاكم المصرية فعلاً عقب العمل بدستور ١٩٢٣ عـــندما دفع أمام محكمة جنايات الاسكندرية بعدم دستورية القانون رقـــم ٣٧ لســـنة ١٩٢٣ والذى أضاف فقرتين إلى المادة ١٥١ من قانون العقوبات. وقد تصدت المحكمة للدفع وانتهت من بحثها إلى أن القانون رقم ٣٧ لســـنة ١٩٢٣ لا يتعارض مع أحكام الدستور. وأيدتها محكمة النقض فى هذا الاتجاه.

وهكذا الحكم المبكر أقر فى تقديرى حق القضاء المصرى فى رقابة دستورية القوانين، إذ ليس معنى الحق فى الرقابة أن يصدر حكم بالامتناع فعـــلاً عـــن تطبـــيق القانون لعدم دستوريته ، وإنما الحق يقوم إذا تصدى القضاء فعلاً لبحث دستورية القانون سوءا انتهى إلى الإقرار بدستوريته أو عدم دستوريته ، ومسلك المحاكم الفرنسية فى هذا الموضوع واضح إذ أنها تـــرفض مناقشة الموضوع أصلاً ولا تبحث فى اتفاق القانون أو عدم اتفاقه مـــع الدستور ، الأمر الذى لم تلتزمه المحاكم المصرية وإنما أقرت لنفسها بحق التصدى للبحث عما إذا كان القانون متفقاً مع الدستور أم لا.

وفى أول مايو ١٩٤١ أصدرت محكمة القاهرة الابتدائية حكماً يقرر صـــراحة وبوضـــوح عـــند مناقشـــة وجهات النظر المختلفة حق القضاء المصرى فى مراقبة دستورية القوانين.

ولكن هذا الحكم الخطير لم يكتب له الاستقرار لأن محكمة استئناف القاهرة عندما استؤنف أمامها الحكم أخذت برأى مخالف من مقتضاه عدم الإقرار للمحاكم بمراقبة دستورية القوانين مستندة إلى مفهوم معين لمبدأ الفصل بين السلطات هو المفهوم السائد فى الفقه الفرنسى ، وإلى بعض نصوص لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التى كان معمولاً بها آنذاك.

وعلى أى حال وبعد إنشاء القضاء الإدارى فقد أصبح الموضوع محسوماً على نحو نهائى منذ أن أصدرت الدائرة الأولى لمحكمة القضاء الإدارى فى مجلس الدولة حكمها فى القضية رقم ١٩٦٥ السنة الأولى القضائية بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٤٨ الذى يقرر بما لا يدع مجالاً للشك حق القضاء فى مصر فى رقابة دستورية القوانين. وقد سندت المحكمة حكمها تسنيداً رائعاً يعتبر إلى حد كبير مرجعاً للقضاء بعد ذلك فى تسبيباته لأحكامه فى هذا الموضوع[١].

وقد استقر اتجاه المحاكم الإدارية والعادية بصفة عامة على هذا بعد ذلك [٢]. وعلى أى حال فإنه بعد صدور قانون المحكمة العليا فى ٣١ اغسطس ١٩٦٩ فإن المحاكم جميعاً – العادية والإدارية – يمتنع عليها أن تنظر فى موضوع رقابة الدستور ، ويتعين عليها أن تحيل الدفوع التى

---

(١) انظر أسباب هذا الحكم منشورة فى مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإدارى – السنة الثانية ص٣١٥ وما بعدها ، وقد أورد أستاذنا المرحوم الدكتور السيد صبرى حيثيات الحكم كاملة فى الطبعة الرابعة من كتابه (١٩٤٩) فى هامش صفحات ٦٧١-٦٧٢-٦٧٤.

(٢) انظر رسالة د. أحمد كمال أبو المجد المشار إليها فيما سبق والدكتور سيد صبرى المرجع السابق ص ٦٥٨ وما بعدها ومجموعات الأحكام الخاصة بمحكمة القضاء الإدارى والمحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض.

تبدى أمامها فى ذلك الموضوع إلى المحكمة العليا التى تختص وحدها دون غـيرها بالفصل فى هذه الدفوع وسنعود إلى دراسة هذا القانون بشئ من التفصيل عند دراستنا للنظام المصرى.

وننتقل الآن إلى دراسة موقف الفقه من هذا الموضوع.

٢- موقف الفقه من موضوع رقابة الدستورية :

مـا هو موقف الفقه عندما لا يوجد فى الدستور نص يبيح أو يمنع القضاء من نظر موضوع «الدستورية».

الحقيقة أن الفقه اتخذ موقفين متعارضين :

موقف يرى انه مادام الدستور قد لزم الصمت فإن ذلك يعنى حرمان القضاء من النظر فى رقابة دستورية القوانين.

وموقـف آخر غالب يرى انه فى ظل صمت الدستور فلا مانع يمنع القضاء من مراقبة الدستورية بل أن هذا هو واجبه.

ونعرض فى ايجاز لكل من الموقفين.

الموقف الأول :

وهـو الموقـف الـذى يرى انه فى حالة صمت الدستور بالنسبة للموضوع فإن المحاكم لا يكون من حقها أن تراقب دستورية القوانين. وقد سـاد هذا الموقف فى الدستور الفرنسى التقليدى الذى حكمته نفس العوامل والتبريرات التى أثرت على الفقه الفرنسى فى اتخاذ موقف.

وعلى رأس هذا الاتجاه فى فرنسا اسمان **Esmein** وكاريه دى مالبرج.

ويسـتند هـذا الاتجاه إلى أن إعطاء المحاكم حق مراقبة دستورية القوانيـن فـيه خروج على مبدأ الفصل بين السلطات إذ انه يعطى السلطة

القضـــائية حق التدخل فى أعمال السلطة التشريعية ، ذلك على أن مقتضى هـذا المبدأ – فى نظرهم – أن تقوم المحاكم بتطبيق القانون الذى أصدرته السـلطة التشـريعية كما هو ، إذ أن ذلك هو صميم اختصاصها وليس لها اختصاص غيره. أما كون القانون موافقاً للدستور أو غير موافق فهو أمر مـتروك للسـلطة التشـريعية التى تعبر عن الإرادة العامة ، فإذا أصدرت السـلطة التشـريعية قانونـاً فإنها تكون قد قدرت هى دون غيرها أن ذلك القـانون صدر وفقا لما يقضى به الدستور ، ولا يجوز لجهة أخرى غيرها أن تـراجعها فى ذلك ، وبالذات فإن المحاكم ليس لها إلا أن تطبق القانون كما صدر[١].

وقد كان ديجى من أنصار هذا الرأى إلا انه عدل عنه وقرر صراحة انـه كان مخطئا فى رأيه السابق وانه يقبل بغير تردد الرأى المخالف الذى يذهب إلى إقرار حق المحاكم فى مراقبة دستورية القوانين [٢].

الموقف الثانى :

وهو الموقف الذى يفسر سكوت الدستور تفسيراً من مقتضاه أنه لا مانع يمنع المحاكم – بل انه واجبها – أن تراقب دستورية القوانين.

وفـى الفقـه الفرنسـى يقـف العميد هوريو مدافعاً صلباً عن هذا الاتجاه.

---

(١) كارية دى مالبرج : مساهمة فى النظرية العامة للدولة جـ١ ص٧٤٧ وما بعدها ، جـ٢ ص ٥٠-٥١.

(٢) Duguit : Traite de Droit constitutionnel. 3ed ed. T. III. P. 724 :"J'etais dans l'erreur et aujourdui j'accepte. Sans hesiter., la solutionque ju viens d' oposer".

وانظر سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١٦٦.

والفقــه الأمــريكى بطبيعة الحال فى جملته يساند هذا الاتجاه الذى يتفق مع ما استقر عليه القضاء الأمريكى.

والفقه العربى فى مصر لا يوجد فيه – فيما نعلم – غير الدكتور وحيد رأفت هو الذى لم يكن يؤيد حق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين . والفقه كله بعد ذلك يؤيد حقها فى هذه الرقابة.

وأصــحاب هــذا الموقــف يدافعــون عن اتجاهاتهم دفاعاً منطقياً وبسيطاً.

أن القاضى يمتنع عن تطبيق لائحة إذا وجدها متعارضة مع القانون الذى صدرت اللائحة بمقتضاه تأسيساً على عدم مشروعية اللائحة ، فلماذا لا يستطيع القاضى أن يمتنع عن تطبيق نص فى القانون إذا وجد هذا النص متعارضاً مع نص الدستور؟

أن القاضى وهو يفصل فى منازعة وينزل عليها حكم القانون يتعين عليه أن يحدد القانون الواجب التطبيق :

هل هو القانون الأجنبى أم القانون الوطنى ؟

وبالنسبة للقانون الوطنى عليه أن يحدد أى القوانين.

كذلــك فإنـــه لابـــد وان يراعى التدرج فى القواعد القانونية ويعمل الأعلـــى إذا تعـــارض حكمـــه مع الأدنى. أن هذا ليس إلا حلا للتنازع بين قانونيـــن ليســـا علـــى درجـــة واحدة ، فإذا كان بينهما تعارض فلابد من التضحية بالقانون الأدنى من أجل أعمال حكم القانون الأعلى [1].

ويرى بيردو أن رقابة الدستورية وسيادة القانون أمران متلازمان ،

---

(١) موريس هوريو : المرجع السابق ص ٣٦٨-٣٦٩.

إذ بغير رقابة الدستورية تفقد فكرة سمو الدستور معناها [١].

ويـــردد الفقـــه فى تدعيمه لهذا الاتجاه كثيراً من الأسانيد التى بنى علـــيها مارشـــال حكمه الشهير فى قضية ماربورى ضد ماديسون السابق الإشارة إليها وإلى بعض الأسباب التى إعتمد عليها الحكم فيها.

ويذهـــب العميد هوريو إلى ما هو أبعد من رقابة دستورية القوانين إذ يقـــول أن القانون الدستورى نفسه يجب أن لا يتفادى الرقابة القضائية وهـــناك مناسبات يمكن إعمال هذه الرقابة فيها ، فإذا تم تعديل دستور على غـــير مقتضـــى المشروعية الدستورية – بمعنى انه يتعارض مع المبادئ الدستورية – فما القول فى أمر ذلك التعديل الدستورى؟

يـــرى هوريو أن التعديل الدستوري الثامن عشر الذى حرم الخمور فى الولايات المتحدة هو تعديل غير دستورى ، لا لمخالفته نصاً سابقاً وإنما لمخالفته المبادئ الدستورية العامة التى تضمن الحرية الفردية والتى تستند إلـــى القانون الطبيعى. وقد جرت بالفعل محاولة لتقرير عدم دستورية ذلك التعديل الدستورى «قضية رودايلند ضد بالمر» ولكن المحاولة لم تنجح أمام المحاكم الاتحادية العليا [٢].

وعلى أى حال فقد ألغى ذلك التعديل بعد ذلك.

بهذا نكون قد عرضنا موقف القضاء فى أكثر من صورة ، وعرضنا الموقفين المتقابلين فى الفقه ، كل ذلك فى ظل عدم وجود نص فى الدستور ينظم موضوع الرقابة على دستورية القوانين سواء بتقريرها أو بحظرها.

وننتقل الآن إلى دراسة الوضع الآخر وهو الذى يضع فيه الدستور

---

(١) بيردو : المطول جـ٢ ص٢٤٧.

(٢) موريس هوريو : المرجع السابق ص٢٧٦-٢٧٧.

تنظيماً معيناً لموضوع الرقابة على دستورية القوانين.

ثانياً : تنظيم الرقابة فى الدستور :

هنا لا يثور اشكال كبير ويبدو الموضوع واضحاً إذ انه يجب التزام مـــا نص عليه الدستور. فإذا فرضنا أن الدستور منع المحاكم صراحة من النظر فى هذا الموضوع فإن عليها أن تمتنع إذعاناً لنص الدستور.

وإذا نظم الدستور طريقاً معيناً لرقابة الدستورية كان لابد من اتباع هذا الطريق دون سواه.

ولا تعنينا الحالة السلبية التى يحرم فيها الدستور نظر الموضوع. ولكن يعنينا أن نستعرض بعض صور الرقابة التى تنظمها الدساتير.

وهناك صورتان رئيسيتان :

- الرقابة السياسية.
- رالرقابة القضائية.

وسندرس كل واحدة منهما على انفراد.

الرقابة السياسية :

لا تتصـــور الرقابة السياسية بغير تنظيم فى الدستور نفسه. وهذه الــرقابة تفـــترض أن الدستور عهد إلى هيئة معينة بمباشرة هذه المهمة. مهمة مراقبة اتفاق القوانين التى تصدرها السلطة التشريعية مع الدستور.

وقد يعهد الدستور بهذه المهمة إلى البرلمان ذاته بحسبانه هو الذى يمثل إرادة الأمة وسيادتها فلا يتصور أن تكون هناك إرادة أعلا من إرادته.

وفـــى هـــذه الحالـــة فـــإن الـــبرلمان عـــندما يعرض عليه اقتراح بقـــانون ســـواء مـــن الحكومـــة أو أحـــد الأعضاء يبحث موضوعاً أولياً

Question Prealable هو مدى دستورية موضوع الاقتراح ، فإذا رأى انه يتفق مع الدستور مضى فى بحثه لإكمال وضع التشريع ، وأن رأى انه لا يتفق مع الدستور ، رفض الاستمرار فى نظره [١].

والمادة ١٤ من دستور الاتحاد السوفيتى الصادر عام ١٩٣٦ والتى حـــدد اختصاصـــات السوفيت الأعلى – وهو الذى يشكل من مجلس النواب ومجلس القوميات – جعلت من بينها :

«الإشراف على تنفيذ الدستور الاتحادى...».

ولكـــن نظـــراً لأن مجلس السوفيت الأعلى ينعقد فترة قصيرة جداً وتنـــتقل اختصاصـــاته إلـــى مجلـــس رئاســـته فإنه يمكن أن يقال أن هذا الاختصاص بصدوره ينتقل أيضاً إلى مجلس رئاسة السوفيت الأعلى.

إلا أن الغالـــب فـــى الرقابة السياسية أن لا يعهد بها إلى المجلس التشـــريعى كلـــه وإنما يعهد بها إلى هيئة بداخله مثل ما نص عليه دستور تشيكوســـلوفاكيا مـــن جعـــل هذا الاختصاص منوطاً بهيئة مكتب الجمعية الوطنية.

وقـــد أعطـــى الدســـتور التشيكوسلوفاكى الصادر عام ١٩٦٠ هذه الهيـــئة الحق فى مراقبة كفالة أحكام الدستور ، والحق فى إلغاء أى قانون يقـــره المجلـــس الوطـــنى أو أى أمر أو قرار يصدر من الحكومة إذا كان مخالفاً لنص فى الدستور .

ونفس الشىء نجده فى الدستور اليوغسلافى .

ولعلـــنا نلاحـــظ أن الأمـــثلة الماضية التى ضربناها لصور الرقابة

---

(١) اندريه هوريو: المرجع السابق ص٢٨٧.

السياسية هى فى دول من دول الكتلة الشرقية .

ويحدث أحياناً أن يعهد الدستور إلى هيئة أخرى ليست هى البرلمان ولا هيئة منه ، برقابة دستورية القوانين ، وهنا يكون واضعو الدستور لا يعتبرون البرلمان هو الذى تنتقل إليه سيادة الأمة لأنه لا يجوز أن تكون هذه السيادة محلاً للمراقبة ، وإنما يعتبر البرلمان عندئذ معبراً عن هذه السيادة فى نطاق مقيد هو نطاق التشريع ليس غير .

وهذه الهيئة قد تشكل من بعض أعضاء الهيئة التشريعية ومن غيرهم وقد يشكلها البرلمان وحده وقد يشكلها بالاشتراك مع الحكومة حسبما ينص عليه الدستور .

وتعتبر فرنسا هى موطن الرقابة السياسية ولذلك ندرس هذه الرقابة فيها .

الرقابة السياسية فى فرنسا :

كان الاتجاه فى فرنسا ضد إعطاء المحاكم الحق فى رقابة دستورية القوانين كما رأينا ، لذلك وجد فيها منذ البداية ميل نحو الرقابة السياسية .

وقد دافع الفقيه سييز Sieyes أثناء إعداد دستور السنة الثالثة للثورة عن هذه الفكرة ولكنه لم يفلح فى إقناع السلطة التأسيسية بها .

ولكن فكرته لاقت تحقيقاً فى دستور السنة الثامنة ثم فى دستور ١٨٥٢ ، وفى الحالتين كانت الهيئة التى تباشر هذه المهمة خاضعة لتأثير الحكومة غير مجدية بالنسبة لما وجدت من أجله وهو رقابة دستورية القوانين (١) .

(١) المرجع السابق ص ٢٨٨ .

وقد نص الدستور الفرنسى الصادر عام ١٩٤٦ على إنشاء «لجنة دستورية» "Comite Consitutionnel" وعهد إليها بمهمة رقابة دستورية القوانين قبل إصدارها .

كذلك أنشأ دستور ١٩٥٨ المجلس الدستورى Conseil Constituionnel ويتكون المجلس من نوعين من الأعضاء :

أ- أعضاء بحكم القانون ولمدى الحياة وهؤلاء هم رئيس الجمهورية الحالى وكل رؤساء الجمهورية السابقون الذين هم على قيد الحياة . ويقول ديفرجيه أن وضع هؤلاء فى المجلس يعطيه مكانه Prestige خاصة من ناحية ، ولا يؤدى إلى انتهاء مشاركة رئيس الجمهورية فى أمور الدولة بمجرد انتهاء رئاسته ، إذ أنه عن طريق عضويته فى المجلس يظل على صلة بأمور الدولة فى هذا النطاق .

ب- أعضاء معينون ، وهؤلاء تسعة ، ثلاثة منهم يعينهم رئيس الجمهورية ، وثلاثة يعينهم رئيس الجمعية الوطنية ، وثلاثة يعينهم رئيس مجلس الشيوخ ، وكل واحد ممن لهم حق الاختيار يختار واحداً لمدة ثلاث سنوات وواحداً لمدة ست سنوات ، وواحداً لمدة تسع سنوات .

وبذلك يمكن تجديد ثلث المجلس كل ثلاث سنوات .

وأعضاء المجلس يستمرون فى عضويتهم طوال المدة المبينة ولا يفقدون العضوية إلا بالوفاة أو الاستقالة . ويجوز فقدان العضوية بقرار من المجلس الدستورى نفسه فى حالة عدم الأهلية لمزاولة العمل .

ولا يجمع أعضاء المجلس بين عضويته والوزارة أو البرلمان أو المجلس الاقتصادى والاجتماعى ، كذلك لا يجوز تعيين أعضاء المجلس فى الوظائف الحكومية وإنما يجوز لمن كان منهم موظفاً قبل تعيينه أن يستمر

في وظيفته .

والمجلس الدستوري يقوم بالاختصاصات الآتية :

أولاً رقابة الدستورية :

والـذي يقصده دستور ١٩٥٨ من فرض هذه الرقابة وفقاً لما يراه جانب كبير من الفقه الفرنسي هو وضع البرلمان في الحدود التي أرادها له الدستور وإعطاء الحكومة وسيلة لمراقبة البرلمان حتى لا يتعدى هذه الحدود .

والمجلس ينظر في القوانين التي تعرض عليه بعد أن يكون البرلمان قد انتهى منها وقبل التصديق عليها وتطبيقها ، فإذا أقر دستوريتها أصدرت وطبقت ، وإن قرر المجلس عدم دستوريتها لم تطبق بطبيعة الحال .

وهنا حالتان يجب عرض النصوص القانونية فيها على المجلس الدستوري قبل الإصدار والتطبيق . وهاتان الحالتان هما حالة القوانين العضوية [1] Lois organiques ولوائح المجلسين التشريعيين «الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ» وبالنسبة لهذه الحالة الثانية – حالة لوائح المجلسين فإن لعرضها أهمية خاصة هي أن لا يعمد المجلسان عن طريق هذه اللوائح إلى التأثير على النصوص الدستورية تأثيراً من شأنه تغيير صورة النظام البرلماني عما هدف إلية دستور ١٩٥٨

وفي كل هذه الحالات يتعين على المجلس أن يبدي رأيه خلال شهر، إلا إذا طلبت الحكومة نظر الموضوع على وجه الاستعجال وعندئذ يبدي المجلس رأيه في ظرف ثمانية أيام.

---

(١) هذه القوانين يقصد بها القواعد الأساسية التي تتعلق بتنظيم السلطات العامة .

وهـناك استـثناء خطـير من القوانين التى تعرض على المجلس لمعـرفة مدى دستوريتها ، تلك هى القوانين التى تقر عن طريق الاستفتاء العـام إذ أنهـا عندئذ ستمثل التعبير المباشر عن السيادة ولا يصبح هناك مجال للبحث فى دستوريتها بعد ذلك [1] .

ثانياً : يعتبر المجلس محكمة انتخابية عليا :

وينظم المجلس عند مباشرة هذا الاختصاص تنظيماً خاصاً . إذ أنه يقسم إلى ثلاث دوائر تشكل وفقاً «لقرعة» معينة . ويصدر المجلس حكمه أما بصحة انتخاب عضو البرلمان المتنازع على عضويته أو ببطلانها .

وبالنسبة لانتخابات الرئاسة فإن الحكومة تعد قائمة المرشحين قبل يـوم الانـتخابات الأولـى بخمسة عشر يوماً ثم تعرض تلك القائمة ومعها أوراق المرشـحين على المجلس ليوافق على الصورة النهائية للقائمة التى ستعرض على الناخبين .

وأهـم مـن ذلـك فـإن المجلس الدستورى يراقب سلامة العملية الانتخابـية نفسها ويستطيع أن يرسل مندوبين عنه من القضاة العاديين أو الإداريين ليراقبوا الانتخابات على الطبيعة .

والمجلس هو الذى يعلن نتيجة الانتخابات من الناحية الرسمية بعد أن يكون قد نظر فيما عرض عليه من تظلمات .

ثالثاً : الاختصاصات الاستثنائية : تقوم هذه الاختصاصات فى حالتين :

أ- عـند وجـود عائق يعوق رئيس الجمهورية عن العمل . وهنا

---

(١) وقـد استطاع الرئيس الفرنسى السابق شارل ديجول أن ينفذ من هذه الثغرة ويعدل الدستور عام ١٩٦٢ بغير الطريق المنصوص عليها فى الدستور نفسه لتعديله .

يكون للمجلس سلطة التقرير فى أمور معينة . وإذا قرر المجلس أن العائق الـذى يعـوق رئيس الجمهورية هو عائق دائم فإن انتخابات جديدة تجرى خلال عشرين يوماً على الأقل وخمسة وثلاثين يوماً على الأكثر .

ب- إذا وجـدت الدواعى التى نص عليها الدستور ليستطيع رئيس الجمهورية اللجوء إلى المادة ١٦ وهى التى تتحدث عن الخطر الداهم الذى يهـدد كيان البلاد واستقلالها . ويتعين على رئيس الجمهورية قبل أن يلجأ إلـى هـذه المادة معملاً أحكامها أن يأخذ رأى المجلس الدستورى «ورأى رئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ» كذلك فإن علـيه أن يـأخذ رأى المجلس فى كل تصرف يقوم به بمقتضى تلك المادة طوال فترة اللجوء إليها .

والذيـن يجـوز لهـم يلجأوا إلى المجلس الدستورى لمعرفة رأيه بالنسبة لدستورية القوانين هم :

أ - رئيس الجمهورية .

ب- الوزير الأول .

ج- رئيس الجمعية الوطنية .

د - رئيس مجلس الجمهورية «الشيوخ سابقاً» .

هـ- سـتون نائباً أو ستون شيخاً وذلك وفقاً لتعديل دستورى أخير صادر فى أكتوبر ١٩٧٤ . هؤلاء هم الذين أجاوز لهم الدستور حق اللجوء إلى المجلس الدستورى وذلك فى الفترة اللاحقة على موافقة البرلمان وقبل تصـديق رئـيس الجمهوريـة ليـبدى المجلس رأيه فى دستورية أو عدم دستورية القانون الذى أقره البرلمان .

وقرار المجلس الدستورى بشأن قانون من القوانين أو عدم دستورية هو قرار نهائى واجب النفاذ بعد نشره بأسبابه فى الجريدة الرسمية .

وواضـــح ممـــا تقـــدم أن الأفراد العاديين لا يجوز لهم اللجوء إلى المجلس الدستورى .

هـــذا هـــو المجلس الدستور الذى أنشأه دستور ١٩٥٨ فى فرنسا والذى عهد إليه فيما عهد بمهمة الرقابة على دستورية القوانين فى النطاق الذى أشرنا إليه [١].

وهـــذه هى أهم صورة من صور الرقابة السياسية المعاصرة على دستورية القوانين ، وهى نوع من الرقابة الوقائية كما تبين لنا ، أى رقابة تحول دون صدور القانون غير الدستورى [٢].

تقدير الرقابة السياسية :

الميزة الكبرى للرقابة السياسية هى أنها رقابة وقائية تتدارك الأمر قـــبل وقوعه ، هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية فإن الأجهزة التىي عهد إلـــيها بالرقابة السياسية تكون فى الغالب اكثر مرونة من الجهات القضائية وأقـــل محافظـــة ، وهـــذا فى حد ذاته لا يجعلها تقف عقبة فى سبيل تطور الحـــياة السياسية بحجة مراقبة الدستورية كما حدث فى أمريكا عام ١٩٣٦ إبان الأزمة التى حدثت بين روزفلت والمحكمة العليا والتى أشرنا إليها فيما تقدم.

ولكـــن إلى جوار ذلك فإن للرقابة السياسية مخاطرها ، وأشد هذه المخاطـــر أن الحـــيدة قد لا تكون مضمونة ، وأن الموضوعية قد لا تكون متحققة بصفة دائمة ، الأمران اللذان يظن تحققهما فى القضاء أكثر من غيره.

---

(١) M. Durverger : Institutions politiques et Droit Constitutionel. 10eme ed.. Paris. 1968. P. 649 et s.

(٢) راجع أندريه هوريو : المرجع السابق ص ٨٣٥.

ولعل هذان الأمران – الحيدة والموضوعية – هما اللذان يدفعان إلى تفضيل الرقابة القضائية – التى ننتقل الآن إلى دراستها – على الرقابة السياسية.

الرقابة القضائية :

هنا يختار الدستور أن ينظم طريقاً معيناً لرقابة دستورية القوانين بواسطة الهيئة القضائية. ومن هنا تسمى هذه الصورة الرقابة القضائية.

أ- الرقابة القضائية عن طريق الدفع :

وقد يرى الدستور أن يمارس القضاء هذه الرقابة بطريق الدفع الذى يؤدى إلى الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور كما حدث فى الولايات المتحدة دون نص صريح يعطى المحاكم هذا الحق ، وكما حدث فى مصر أيضاً دون نص.

وقد شرحنا هذه الطريقة بإفاضة ونحن نعرض للقضاء فى الولايات المتحدة وفى مصر.

ومن الدساتير التى نصت على هذه الطريقة – طريقة رقابة دستورية القوانين بواسطة الدفع أمام المحاكم – الدستور اليابانى الصادر عام ١٩٤٦ ودستور ألمانيا الغربية ١٩٤٩.

وقد يحدد الدستور محكمة معينة لنظر الدفع ، وقد يجعل من حق كل قاض أن ينظر الدفع إذا أثير أمامه.

وفى هذه الصورة – صورة الرقابة عن طريق الدفع – فإنه لا يتصور أن تكون هناك مدة معينة لا يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية بعدها وإنما يجوز أن يدفع بعدم دستورية القانون أو نص فيه كلما أريد تطبيق ذلك القانون أمام محكمة معينة وأياً كانت المدة التى انقضت على صدور

ذلـك القـانون ، وسـواء كان قد دفع بعدم دستوريته من قبل أو لم يدفع وسواء كان ذلك الدفع بعدم الدستورية قد قبل أم لا.

والميزة الكبرى لهذه الطريقة أنها لا تحدث ضجة مفتعلة أو حقيقة عـند نظر موضوع الدستورية ، كما أنها من ناحية أخرى لا تمس السلطة التشريعية مساساً مباشراً ، إذ أن الحكم الذى يصدر فى هذه الحالة هو حكم بالامتـناع عن تطبيق القانون وليس حكماً ببطلان القانون أو بعدم نفاذه أو مـا إلـى ذلـك. وقد تعدل المحكمة نفسها عن قضائها فيما بعد. وقد تلغى محكمة عليا حكمها إذ وجدته مبنياً على أسباب غير سلمية.

ب- الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية :

وقـد يعمـد الدسـتور إلى تنظيم صورة أخرى من صورى الرقابة القضـائية أشد خطراً وأكثر حسما ، تلك هى رقابة الإلغاء التى لا تكون إلا عن طريق دعوى مبتدأة.

وهنا لابد وأن تكون هناك محكمة خاصة لنظر موضوع الدستورية ولا يتصور أن يكون لكل محكمة أياً كانت درجاتها حق تقدير بطلان قانون من القوانين ، والذى يحدث عادة أن الدستور أما أن يعهد بهذا الاختصاص عـند تقريـره إلى محكمة خاصة يراعى فى إنشائها أن تكون فى مستوى أعلى المحاكم على الأقل وتسمى عندئذ المحكمة الدستورية ، وأما أن يعهد بهـذا الاختصـاص إلى المحكمة العليا فى الجهاز القضائى العادى «محكمة النقض عندنا».

ومـن الدسـاتير الحديثة التى أخذت بهذه الطريقة – رقابة الإلغاء القضائية – الدستور الإيطالى الصادر عام ١٩٤٧ الذى أنشأ بمقتضى المادة ١٣٤ مـنه محكمـة دسـتورية عهـد إلـيها بسلطة إلغاء القوانين غير

الدستورية. ويصبح القانون أن النص من القانون الذى حكم بعدم دستوريته غير نافذ فى مواجهة الكافة بمجرد إصدار المحكمة لحكمها.

ورقابة الإلغاء قد تكون سابقة وقد تكون لاحقة.

وتكون رقابة الإلغاء سابقة إذا أجاز الدستور لرئيس الدولة أو رئيس أحد مجلسى البرلمان – إذا وجد مجلسان – أو غيرهم ممن يحددهم الدستور أن يطلب من المحكمة المختصة النظر فى أمر مشروع قانون معروض أو انتهى عرضه وقبل تصديقه لمعرفة ما إذا كان دستورياً أم لا. فإذا قررت المحكمة انه غير دستورى امتنع السير فى إجراءات إصداره. أما إذا حكمت المحكمة بدستوريته فإن الإجراءات تستمر ويصدر القانون ولا يجوز الطعن فيه بعد ذلك بعدم الدستورية.

وقد تكون رقابة الإلغاء لاحقة كما هو الحال فى الصورة التى نظمها الدستور الإيطالى.

ولا شك أن الرقابة القضائية تحقق مزايا عديدة منها أن الجهة التى يعهد إليها بالرقابة هى جهة فنية قانونية ، وموضوع الرقابة على الدستورية هو موضوع قانونى فى الدرجة الأولى. كذلك فإن الرقابة هنا يعهد بها إلى القضاء وهو مظنة الموضوعية والحيدة والبعد عن التأثر بنزعات واتجاهات السلطات العامة الأخرى التى قد يكون لها صالح فى تقدير أو عدم تقدير دستورية قانون من القوانين.

ولكن رقابة الإلغاء بالذات تثير نوعاً آخر من الخطر ، إذ أنها قد تؤدى إلى وضع المحكمة الخاصة التى يعهد إليها بهذه السلطة فى وضع أعلى من البرلمان الذى يفترض فيه انه يعبر عن إرادة الأمة وسيادتها.

وإذا كانت المحكمة العليا فى الولايات المتحدة ، وليس لها حق

إلغـاء القوانيـن قد وصلت إلى الوضع الذى وصلت إليه ، واستطاعت فى وقـت مـن الأوقـات أن تشـل الحـياة القانونـية فى الولايات المتحدة ، واستطاعت فى أوقات أخرى أن تحول دون الطغيان على حقوق المواطنين، فإن محكمة يعهد إليها بهذه السلطة الخطيرة سلطة إلغاء القوانين الصادرة مـن الـبرلمان بدعوى عدم دستوريتها – بغير تعقيب عليها – لجديرة بأن يـنظر إليها بنوع من التحفظ والتردد قبل تقرير إنشائها ، ولعل هذا هو ما يفسـر عـدم انتشار هذه الوسيلة إذا قارناها بوسيلة ممارسة الرقابة عن طريق الدفع [١].

المقارنـة بين الرقابة عن طريق الدفع والرقابة عن طريق الدعوى الأصلية :

أ- الـرقابة عـن طريق الدفع هى وسيلة دفاعية يدافع بها شخص معيـن عـن حـق له يراد أن ينال منه عن طريق تطبيق قانون يعتد ذلك الشـخص انه مخالف للدستور فيدفع بذلك الدفع ليرد ضرراً سيحيق به أو ظلما سينزل عليه على حين أن الدستور فى اعتقاده – لا يقر ذلك الظلم.

(١) راجع بخصوص موضوع رقابة الدستورية :

- د. أحمـد كمـال أبـو المجـد : رقابة دستورية القوانين فى الولايات المتحدة والإقليم المصرى – القاهرة ١٩٦٠.
- د. سعد عصفور : القانون الدستورى الاسكندرية ١٩٥٤ ، ص١٨٢-١٨٣.
- د. سيد صبرى : مبادئ القانون الدستورى القاهرة ١٩٤٩ ص٦٤٣-٦٧٤.
- د. عـبد الفـتاح حسـن : مبادئ النظام الدستورى فى الكويت بيروت ١٩٦٨ ص ٦٩-٨١.
- د. فـؤاد العطـار : الـنظم السياسية والقانون الدستورى القاهرة ١٩٦٦/٦٥ ص ٢٤١ وما بعدها.

ذلــك على حين أن الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية هى وسيلة هجومــية إذ يــرفع الشــخص الدعوى أمام المحكمة المختصة بالفصل فى موضـــوع الدســتورية مباشــرة طالــباً إلغــاء القانون المطعون فيه لعدم دســتوريته. وإذا كان من غير المعقول أن يتاح لكل شخص كائناً من كان الطعــن بعــدم الدســتورية على هذا النحو فإن القانون لا يتطلب المصلحة الشخصية المباشرة لإمكان أعمال هذه الوسيلة وإنما يكتفى بوجود الشخص فى مركز قانونى يؤثر فيه القانون المطعون فيه.

ب- وعــدم اشــتراط المصــلحة الشخصية المباشرة هو الذى دعا الــبعض إلــى اعتبار أن الدعوى الأصلية هى من قبيل الدعاوى العينية أو الموضــوعية الــتى لا تســتند إلــى حق شخصى بقدر ما تستند إلى فكرة المشــروعية ذاتها والدفاع عنها. ذلك على حين أن وسيلة الدفع لا يتصور وجودها إلا فى دعاوى رفعت بناء على قيام مصلحة شخصية مباشرة.

ج- الحكم فى الدفع يقتصر أثره على القضية المنظورة والتى أبدى الدفع بمناسبتها ويصبح حجة على أطراف الدعوى دون غيرهم فهو له إذن حجــية نسبية ذلك على حين أن الحكم فى الدعوى الأصلية بعدم دستورية نــص معين أو قانون بأكمله ينتهى إلى إعدام ذلك النص أو القانون وبذلك يكون للحكم حجية مطلقة فى مواجهة الناس أجمعين والسلطات العامة كلها.

د- إذا تصورنا أن رقابة الدستورية عن طريق الدفع يمكن أن توجد دون نص يقررها – كما هو ممارس فى الولايات المتحدة وكما كان ممارساً فى مصر قبل تنظيم موضوع الرقابة بواسطة الدستور فإن وسيلة الدعوى الأصلية لا يمكن تصور مباشرتها بغير نص صريح فى الدستور.

وبهــذا تكــون قــد ألممنا سريعاً بهذا الموضوع الهام : موضوع الرقابة على دستورية القوانين.